

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Gabriel Pereira e Silva

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* NA OMISSÃO
IMPRÓPRIA: uma análise à luz da tipicidade**

Belo Horizonte/MG

2026

Gabriel Pereira e Silva

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* NA OMISSÃO
IMPRÓPRIA: uma análise à luz da tipicidade**

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.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo.

Belo Horizonte/MG

2026

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586r Silva, Gabriel Pereira e
A responsabilidade penal do *compliance officer* na omissão imprópria: uma análise à luz da tipicidade / Gabriel Pereira e Silva. Belo Horizonte, 2026.
126 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Compliance - Brasil. 2. Crime por omissão. 3. Pessoa jurídica - Responsabilidade penal - Brasil. 4. Administração de risco. 5. Tipicidade. 6. Acesso à informação. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.5

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Gabriel Pereira e Silva

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* NA OMISSÃO
IMPRÓPRIA: uma análise à luz da tipicidade**

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.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo.

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio Filho (Banca Examinadora)

Belo Horizonte/MG, 06 de março de 2026.

Às minhas avós, Pureza e Cidinha, e ao meu avô, Zequinha, cujas singulares histórias de luta e superação me ensinaram que a perseverança tudo alcança.

Sed quis custodiet ipsos custodes?

(Juvenal, Sátira VI)

RESUMO

Se consolidando como instrumento estratégico de antecipação e mitigação de riscos de ilícitos penais, o *Criminal Compliance* assumiu função corporativa preventiva, destinada a resguardar a organização e seus membros de responsabilizações criminais, especialmente em estruturas societárias pós-industriais caracterizadas pela complexa delegação de funções, segmentação de tarefas e autonomia na circulação de informações. Nesse contexto, a análise da responsabilidade penal do *Compliance Officer* diante de eventuais imputações por crimes praticados no exercício corporativo revela-se singularmente relevante e desafiadora. Recorrendo-se à tipicidade, em suas dimensões objetiva e subjetiva, enquanto elemento condutor estruturante deste trabalho, mostra-se indispensável examinar, de maneira crítica e sistemática, os limites dogmáticos de imputação de crimes omissivos impróprios ao *Compliance Officer* e as consequências práticas do fluxo de informações internas na pessoa jurídica para tanto, de maneira a perquirir, ainda, a posição de garantia do *Officer*, seus deveres de agir para contribuir com a evitação do resultado típico e os obstáculos próprios de sua subordinação aos membros diretivos, a despeito de sua autonomia profissional.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade empresarial, *Compliance Officer*, crimes omissivos impróprios, tipicidade, fluxo informacional.

ABSTRACT

Establishing itself as a strategic instrument for anticipating and mitigating the risks of criminal offenses, *Criminal Compliance* has assumed a preventive corporate function, aimed at safeguarding the organization and its members from criminal liability, especially in post-industrial corporate structures characterized by the complex delegation of functions, segmentation of tasks, and autonomy in the flow of information. In this context, the analysis of the *Compliance Officer's* criminal liability in the face of potential accusations of crimes committed in the course of corporate practice proves to be uniquely relevant and challenging. Using the concept of typicality, in its objective and subjective dimensions, as the guiding element of this work, it is essential to examine, critically and systematically, the dogmatic limits of imputing improper omission crimes to the *Compliance Officer* and the practical consequences of the flow of internal information within the legal entity, in order to further investigate the *Officer's* role as guarantor, their duties to act to contribute to the prevention of the typical outcome, and the obstacles inherent in their subordination to management members, despite their professional autonomy.

KEYWORDS: Corporate crime, *Compliance Officer*, improper omission crimes, typicality, information flow.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC ou CCB – Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002)

CCO – *Chief Compliance Officer*

Cf. – Conferir ou conforme

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CO – *Compliance Officer*

CPB ou CP – Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848/1940)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Síntese metodológica: organização formal e conteúdo da dissertação	20
2 FUNDAMENTOS PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL A TÍTULO OMISSIVO	22
2.1 Distinção entre omissão própria e imprópria	22
2.2 O garantidor como figura essencial do tipo objetivo da omissão imprópria	26
2.2.1 <i>Atribuição legal de cuidado, proteção ou vigilância</i>	29
2.2.2 <i>Assunção, de outro modo, da responsabilidade em evitar o resultado</i>	30
2.2.3 <i>O risco de ocorrência do resultado criado por comportamento antecedente – ingerência</i>	33
2.3 A imputação de responsabilidade penal na omissão imprópria no âmbito empresarial: breve introdução aos demais elementos da tipicidade	36
3 PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MECANISMO DE MITIGAÇÃO DE RISCOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL	45
4 DIREITO PENAL ECONÔMICO E O CRIMINAL COMPLIANCE	53
4.1 Breves apontamentos sobre a responsabilidade penal dos dirigentes	60
4.2 A delegação da posição de garantidor ao Compliance Officer	68
5 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER	72
5.1 A posição de garantidor e o dever de agir	72
5.2 Demais requisitos da tipicidade objetiva	77
5.2.1 <i>Situação típica de perigo e resultado</i>	77
5.2.2 <i>Omissão da conduta determinada, apesar da capacidade físico-real (e jurídica) de agir</i>	79
5.2.3 <i>Nexo de causalidade e imputação objetiva do resultado</i>	84
5.3 Tipicidade subjetiva	94
5.3.1 <i>Culpa</i>	96
5.3.2 <i>Dolo</i>	99
6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	110
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

Objetivando alcançar a especificidade proposta por esta pesquisa e otimizar a exposição do estudo, permitiu-se não adentrar, com a profundidade devida, aos limites conceituais introdutórios já tão trabalhados na literatura jurídico-penal brasileira, o que se faz concentrando, desde já, a metodologia proposta.

A despeito disso, breves considerações se fazem necessárias como pano de fundo.

É cediço que o Direito Penal atualmente perpassa por um amplo fenômeno expansionista. Resultado direto de uma exigência da sociedade que incessantemente busca soluções rápidas para seus diversos embates, o crescimento exponencial da tutela penal como resposta aos famintos anseios sociais não só deixa de observar as sagradas garantias fundamentais, como frontalmente as viola. Eis, portanto, o caráter meramente simbólico e não efetivamente instrumental da tutela penal¹.

O crescimento do poder punitivo estatal e a ilimitada flexibilização dos direitos constitucionalmente assegurados são alimentados pela ininterrupta tipificação de novas condutas que outrora se limitavam às demais esferas jurídicas. Paulatinamente, criam-se novas figuras de delito que se afastam, cada vez mais, do que historicamente se constituiu como núcleo “clássico” do Direito Penal².

Simultaneamente, a criminalidade e o Direito Penal têm se estendido. Aquela, atualmente desvinculada de circunstâncias ínsitas à exclusão social e da mitigação de desigualdades, aumenta consideravelmente nas empreitadas delitivas atreladas ao desejo do lucro e deve ser apreciada no âmbito da criminologia. Esta, por sua vez, como resposta direta daquela, importa na expansão da tutela de novos bens jurídicos penais, os quais defluem de novas realidades que antes não existiam ou pela deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que passaram a se manifestar como bens escassos³.

Consequência direta do aumento da demanda social pela intervenção punitiva estatal, a permanente sensação de insegurança, diretamente atrelada à desconhecida “*criminalidade inovadora*”, alimenta o retromencionado ciclo vicioso⁴ e exige do legislador a criação de

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 11, p. 23.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico*. Revista Penal México, 2013, n. 5, p. 61.

³ SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal...*, p. 1.

⁴ Diz-se “ciclo vicioso” e não “círculo vicioso” em razão da relação expansiva simultânea entre a criminalidade e o Direito Penal se repete de recorrente e periodicamente, não se tratando de consequências que retornam ao seu próprio estado inicial e não avançam, nos moldes propostos pela segunda expressão.

normas penais fundadas exclusivamente no já adiantado Direito Penal Simbólico. Atendendo o clamor da sociedade e cedendo à opinião pública, o Estado acaba por estipular (ou agravar) suas próprias políticas revestidas de punições severas.

Não por outra razão, não só as garantias fundamentais dos indivíduos acabam sendo violadas com o fenômeno expansionista do Direito Penal, mas sobretudo o próprio princípio da intervenção mínima. À medida em que avança, o protagonismo da esfera jurídico-criminal assume propósitos que certamente seriam satisfeitos pela atuação eficaz de ramo jurídico diverso, caminhando na contramão de seu conceito da *ultima ratio* e alcançando margens totalitaristas em prol de supostas soluções rápidas socialmente exigidas.

Assim é a brilhante síntese crítica de Roxin acerca do populismo penal:

A lei, porém – e também o código penal –, “*não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenações das liberdades coexistentes*”, ou, ao menos, assim era compreendida pelos teóricos do Estado de Direito Liberal (...) Atualmente, porém, a tarefa da lei não se esgota mais nesta função garantística.⁵

Para além da intervenção mínima, diversos princípios e garantias fundamentais acabam sendo frontalmente transgredidos com a administrativização do Direito Penal, a exemplo da legalidade, não autoincriminação, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório (estes últimos como corolários do devido processo legal). Eminentemente caracterizada por fatores diversos como a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação de fronteiras da tutela penal e a transição definitiva do modelo de “*delito de lesão de bens individuais*” para o modelo de “*delito de perigo de bens supraindividuais*”⁶, a administrativização do Direito Penal permite que o Estado instrumentalize o controle social em um mecanismo funcional de prevenção de lesões, extinguindo os traços protecionistas da tutela criminal clássica.

Traçando um paralelo entre a expansão do Direito Penal e sua administrativização, Martínez-Buján Pérez bem analisou o fenômeno há décadas trabalhado por Silva Sánchez:

De fato, aprofundando uma linha empreendida em outras obras anteriores (principalmente, 1992, 241 e segs. e 285 e segs.), Silva publicou em 1999 um livro de tom bastante crítico sobre o fenômeno da “expansão” do direito penal nas sociedades pós-industriais modernas. Começa por constatar que este fenômeno expansivo se tem refletido numa tendência geral — claramente dominante na legislação penal — para a criação de novos tipos penais ou para o agravamento dos já existentes, no quadro da qual se destacariam os seguintes aspectos particulares: criação de novos “bens jurídico-criminais”, ampliação das áreas de risco jurídica e penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. Deste modo, a referida expansão apresenta-se — a seu ver —

⁵ ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Trd. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 13.

⁶ DINIZ NETO, Eduardo. *Sociedade de risco, direito penal e política criminal*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010, p. 211.

como o produto de uma espécie de perversidade do aparelho estatal, que procuraria no recurso permanente à legislação penal uma (aparente) solução fácil para os problemas sociais, deslocando para o plano simbólico (isto é, para a declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no plano instrumental (da proteção efetiva).⁷

Efeito direto da administrativização do Direito Penal é sua própria modernização, sobretudo com os avanços tecnológicos oriundos da sociedade pós-industrial. O aumento das interações sociais globais acarreta a generalização de novas realidades até então inexistentes, bem como a escassez de recursos outrora considerados imensuráveis, a exemplo dos elementos naturais – *eis, mais uma vez, os respectivos interesses difusos que fogem da individualidade*.

Em seu traje moderno, o Direito Penal antecipa-se à tutela de bens jurídicos coletivos, em especial no âmbito econômico. A supraindividualidade, por sua vez, é aspecto basilar da chamada *sociedade de risco*, cuja principal característica é o avançado dinamismo das complexas relações socioeconômicas. Amplamente desenvolvida no campo da sociologia, a sociedade contemporânea de novos riscos é marcada pela evolução da tecnologia e da informação e os ditos riscos são oriundos das decisões humanas e traduzem-se em danos irrestritos, globais e, em sua maioria, irreparáveis aos próprios indivíduos.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, autor da teoria, conceitua a sociedade de riscos:

Acaba surgindo, portanto, precisamente na negação e na desconsideração, a *comunhão objetiva* de uma situação de perigo global. Por trás da pluralidade de interesses, está iminente e cresce a concretude do risco, que já não respeita qualquer diferença ou fronteira social e nacional. A sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade *da ciência, da mídia e da informação*. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que *produzem* definições de risco e aqueles que as *consomem*.⁸

Sob a perspectiva do aumento das relações causais no mundo globalizado e da substituição do contato interpessoal por condutas anônimas que ofendem bens jurídicos de natureza preponderantemente metaindividual, a inflação punitiva abarca a nova realidade de

⁷ Em tradução livre “*En efecto, profundizando en una línea emprendida en otros trabajos anteriores (fundamentalmente, 1992, 241 y ss. y 285 y ss.), Silva publicó en 1999 un libro de tono muy crítico sobre el fenómeno de la “expansión” del Derecho penal en el seno de las modernas sociedades postindustriales. En él se empieza por constatar que dicho fenómeno expansivo se ha plasmado en una tendencia general —claramente dominante en las legislaciones penales— a la creación de nuevos tipos penales o a la agravación de los ya existentes, en el marco de la cual destacarían los siguientes aspectos particulares: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.*” De este modo, la referida expansión se presenta —a su juicio— como producto de una especie de perversidade del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La expansión, la reducción...*, p. 65).

⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p. 56.

risco, com repercussões igualmente mais alargadas e potencialmente mais lesivas⁹. A adequação do Direito Penal à sociedade de risco se materializa na prescindibilidade do resultado naturalístico na produção de danos, uma vez que prevalece a difusão de delitos de perigo em que o risco é meramente presumido.

A criminalidade moderna da sociedade pós-industrial tem por objeto a obtenção incansável de lucro, alcançando um conjunto de figuras típicas que se difere das condutas tradicionalmente tipificadas no ordenamento jurídico-penal pátrio, em que as características clássicas são próprias e se distinguem das particularidades dos crimes de colarinho branco, conceito elaborado pelo sociólogo Sutherland¹⁰. Inclusive, em sua obra publicada, o retromencionado autor atribuiu à própria sociedade (e não aos indivíduos) diversas razões sociológicas para o surgimento da criminalidade dos poderosos, dentre as quais destaca-se a complexidade das novas relações econômicas e o dinamismo das integrações sociais, circunstâncias que fogem da compreensão e do regular alcance dos cidadãos comuns – *conjuntura posteriormente adequada por Beck à sociedade de risco*¹¹.

De mais a mais, não só pela ascensão de seu notável objeto jurídico, a delinquência moderna ultrapassou os contornos das atividades ilícitas até então conhecidas e controladas pelo Estado, sobretudo em razão do dito fenômeno da industrialização possibilitar a fortificação e o conseqüente aperfeiçoamento das estruturas empresariais. Não por outra razão, a incessante busca pelo lucro e o aumento do risco na exploração comercial deram origem às ações delitivas praticadas no bojo do exercício funcional das empresas – *eis a criminalidade empresarial*.

Frutos de um processo amplo de globalização do setor político-econômico mundial, os delitos praticados no âmbito corporativo materializam-se em uma maximização organizacional dos agentes insertos na sociedade empresarial (com ou sem a intervenção de terceiros), cujo principal objetivo é o enriquecimento ilícito em detrimento de outros indivíduos, da própria pessoa jurídica ou, ainda, do bem comum. Em sua pluralidade de tipificações, a criminalidade

⁹ DINIZ NETO, *Sociedade de risco...*, p. 210.

¹⁰ Em sua obra inicial *White-collar criminality*, publicada em 1940, o sociólogo Edwin Hardin Sutherland criou o conhecido termo popular “crime de colarinho branco” para se referir aos delitos praticados pelos criminosos em alta posição social, trazendo para o campo da criminologia o estudo do comportamento de empresários, políticos, homens influentes e outros tantos das classes sociais superiores como autores de crimes econômicos, sujeito ativo à época inexistente e nunca trabalhado.

¹¹ Em que pese as semelhanças apontadas no âmbito da modernização da sociedade, não foram encontrados elementos textuais que apontem eventual referência direta realizada por Beck ao trabalho de Sutherland. Embora ambos possuam amplo reconhecimento na sociologia, Beck e Sutherland abordaram características diversas da sociedade e do comportamento humano em suas respectivas obras, sobretudo em razão da distinção entre as esferas sociológicas abordadas. Com relevantes apontamentos na criminologia, Sutherland explorou os processos sociais que levam ao comportamento criminoso e Beck, por sua vez, trabalhou os variados riscos globais que afetam desigualmente a sociedade em seu processo evolutivo.

empresarial atinge essencialmente bens e interesses juridicamente relevantes na ordem econômica, ultrapassando as barreiras do mero ilícito administrativo-econômico.

Em breve síntese, os delitos empresariais:

(...) se distinguem por serem perpetrados no âmbito de estruturas organizacionais complexas, caracterizadas pela distribuição hierárquica de poder, pela pulverização da responsabilidade pessoal, pela abrangência de sua atuação, entre outros fatores. Desta maneira, a assimilação por parte do sistema penal tradicional da criminalidade empresarial – dada através deste cenário de expansão, justamente pelo notável patamar de importância que as grandes empresas hoje exercem na estrutura social – se apresenta como um processo dotado de grande complexidade.¹²

Embora o Estado não possua mais a plena capacidade de efetivamente intervir nas variadas searas sociais – *como já adiantado*, a limitação da tutela penal é ainda mais penosa no que diz respeito à intervenção nas empresas. Seja por inabilidade técnica, por escassez de recursos ou falta de informações institucionais, a autoridade estatal não dispõe dos meios necessários para sedimentar o Direito Penal no mundo corporativo, a despeito da expansão tanto da legislação criminal quanto das pressões sociais em prol da prevenção desta modalidade delitiva.

Vários são os fatores que explicam a insuficiência repressiva do Direito Penal na criminalidade empresarial, dentre os quais destacam-se quatro razões fundamentais: a) mínimo risco de descobrimento do ilícito em razão da complexidade estrutural das empresas; b) baixíssimo risco de condenação criminal considerando a dificuldade dos órgãos de persecução na produção de provas e na interpretação técnica dos tipos penais específicos, bem como a atuação das bancas defensivas; c) equiparação das sanções de natureza penal às de cunho civil-administrativo, cujo cumprimento geralmente se limita ao pagamento de multa e d) diminuto número de denúncias em face da não cooperação entre as empresas vítimas e as autoridades persecutórias¹³.

Contudo, a iniciativa exclusiva das sociedades empresariais na prevenção da prática de ilícitos penais acaba por contrabalancear a deficiência do Estado na persecução dos delitos corporativos. Neste ponto, destaca-se haver uma intervenção *indireta* do Direito Penal, uma vez

¹² ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2022, p. 89.

¹³ Analisando o trabalho do jurista alemão Bussmann, Pastor Munõz esclarece que a inexistência de comunicações formais pelas empresas vítimas às autoridades é justificada por diversas questões político-institucionais, como, por exemplo, o receio de que eventual processo criminal possa desencadear outros procedimentos diversos, bem como o temor de que uma imprevisível denúncia coloque em risco o prestígio da empresa ou o amigável ambiente corporativo. (BUSSMANN, Kai-D. *Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements.*, In: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 86. 2003; e PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 4. 2006).

que o aparato estatal utiliza seus comandos normativos para compelir as empresas, por intermédio de seu amplo arsenal regulatório, a se autorregular, sob pena de eventuais penalidades recaírem sobre si e seus integrantes.

Não por outra razão, com o propósito de mitigar os riscos de eventuais sanções advindos de procedimentos administrativos e judiciais e, conseqüentemente, fortalecer sua credibilidade institucional frente ao mercado, as corporações estabelecem um controle eficaz dos riscos oriundos do mundo moderno. Ao contrário da força estatal, as companhias empresariais dispõem de recursos financeiros próprios e de conhecimentos técnicos necessários para monitorar e regular corretamente certos riscos. Mas não é só. Na hipótese de se determinar às empresas o dever de se autorregular, diminuir-se-iam os custos do próprio Estado na intervenção da atuação corporativa¹⁴ – *economia que evidentemente motiva o Poder Público a exigir a medida autorregulatória*.

Exigindo que as corporações estabeleçam diversos mecanismos que permitam um domínio sobre si mesmas, o Estado, em sua deficiência repressiva, logra êxito em exercer um maior controle sobre as pessoas jurídicas no regular exercício de suas atividades, diminuindo os riscos de eventual delito que venha a ser praticado no âmbito empresarial. Sem embargo da discussão quanto a (i)legitimidade¹⁵ do poder estatal na instrumentalização de exigências autorregulatórias para efetivar o concreto exercício de seu *jus puniendi*, torna-se evidente que a autorregulação regulada não apenas assume um mecanismo de controle dos novos riscos

¹⁴ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 93.

¹⁵ As determinações autorregulatórias utilizadas pelo Direito Penal na definição de condutas típicas empresariais assume contornos duvidosos quanto à legitimidade do Estado na exigência da autorregulação. A discussão doutrinária é ampla e recheada de convicções divergentes. Abstendo-se de adentrar no mérito de cada corrente, há de se destacar que a parcela de juristas que entende pela ilegitimidade fundamenta sua manifestação na perspectiva da norma penal em branco, afirmando, em breve síntese, ser impossível permitir que as normas autorregulatórias possam fazer parte do âmbito normativo criminal e, conseqüentemente, conceder autonomia legislativa irrestrita às entidades privadas, como pontuou Schünemann. Na mesma linha (mas mais flexível), Feijoo Sánchez adverte que a tutela penal empresarial não deve se limitar à normatização autorregulada, sob pena de se incorrer no malfadado Direito Penal Simbólico. Por outro lado, autores como Braithwaite e Ayres, bem como Nieto Martín, sustentam a legitimidade estatal sob a ótica democrática da participação dos entes privados em sua autorregulação, asseverando que, caso observado o devido processo em sua elaboração, a constituição de elementos normativos próprios permite aos entes uma melhor vigilância de sua correta aplicação. (Posicionamentos respectivamente em SCHÜNEMANN, Bernd. *Las reglas de la técnica en Derecho penal*. In: Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, p. 307–342. 1994; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?*. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. In: *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015; AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992; e NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa*. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. In: *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015).

derivados da atividade empresarial, mas sobretudo possibilita um maior amoldamento das corporações aos preceitos do sistema jurídico-penal¹⁶.

Consubstanciando-se um verdadeiro problema político-criminal da atualidade frente à crise do Estado moderno, a autorregulação abarca uma ampla variedade de experiências e mecanismos corporativos, dentre os quais destacam-se os regulamentos internos de conduta, código de autocontrole, certificações, canais internos de denúncias anônimas, sistemas de normatização, entre outros. Em sua mais importante esfera, a autorregulação regulada aborda um complexo de estruturas privadas de regulação própria vinculado diretamente às exigências dos entes públicos¹⁷.

A materialização de um Direito Penal moderno (logo, preventivo) tornou possível a evolução dos mecanismos autorregulatórios elaborados pelas próprias empresas. Como resultado evolutivo dos regramentos empresariais internos, surgiram os programas de cumprimento corporativo, juridicamente conhecidos como *Compliance Programs*.

Em sua estrutura, assumindo o propósito da autorregulação regulada, os programas de *Compliance* permitem a implementação de procedimentos internos que conduzem a atividade empresarial aos preceitos da regulação estatal, gerando mecanismos de prevenção às infrações econômicas em detrimento da relação direta entre a autogestão do exercício corporativo e a ingerência estatal. Os ditos métodos preventivos acarretam a perda das funções estatais no enfrentamento dos delitos econômico-empresariais, cedendo espaço a um movimento global de “autoconstitucionalização” fomentado pelos códigos internos de conduta¹⁸. Portanto, em breve síntese, os programas de *Compliance* têm por objetivo cumprir as diversas normas autorregulatórias exigidas pelo Estado e, simultaneamente, materializar o controle privativo dos riscos ínsitos ao próprio exercício empresarial.

Considerando que as amplas matrizes jurídico-penais do programa de *Compliance* serão mais adiante exploradas em capítulo próprio, há de se adiantar neste âmbito introdutório serem raras as sociedades empresariais (de média e grande complexidade) que atualmente não priorizam a efetivação de um profissional externo ao quadro de membros para gerir o programa de integridade corporativo. Abstendo-se, neste momento, de analisar materialmente seu conceito e diferenciar seus deveres funcionais próprios¹⁹, a posição de garantidor é

¹⁶ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 96.

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. *A criminalidade empresarial e a cultura de compliance*. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 2, n. 2, 2014, p. 113/114.

¹⁹ Mais em frente, serão explorados os fundamentos materiais dos deveres contratualmente assumidos pelos garantidores, analisando conceitualmente sua posição na evitação de um resultado danoso e perquirindo

majoritariamente exercida pelo *Compliance Officer* (ou CO²⁰) nas pessoas jurídicas modernas, indivíduo que assume, portanto, o dever legal de garantia penal na evitação de ilícitos.

Em razão de sua condição de garantidor ser pressuposto intrínseco exigível para a análise de eventual responsabilidade penal por omissão imprópria, a ocorrência (ou iminência) de determinado ilícito penal cujo resultado lhe incumbia evitar permite estipular os limites da (não) atuação do *Compliance Officer* face ao seu dever institucional de atuar²¹. Por sua vez, a antecedente situação típica que exige o referido dever concreto e individualizado de agir se materializa no perigo de ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Em sequência, preenchida a posição de garante em detrimento da existência da situação típica, ainda no âmbito do tipo objetivo, deve-se perquirir a possibilidade jurídica de agir, cuja eventual demonstração de sua ausência acarreta a inexistência do dever de evitar o resultado. Não por outra razão, a ulterior análise da capacidade físico-real de desempenhar a ação juridicamente esperada é o fator derradeiro do exame da relevância penal da conduta omissiva imputada ao *Compliance Officer*²².

O paralelo acima delineado tem como consequência direta a observação da imputação objetiva do resultado e do nexos de causalidade, últimos pressupostos do tipo objetivo. No âmbito da omissão imprópria, diversos são os desafios para se analisar o nexos de causalidade, vez que, na contramão dos crimes comissivos, inexistente um marco inicial naturalístico para o exame da relação causal²³. Embora o artigo 13, *caput*, do Código Penal²⁴, tradicionalmente estabeleça o nexos causal entre a omissão e o resultado, a efetiva conduta juridicamente exigida e não executada (que gera a ocorrência do resultado que deveria ser evitado) protagoniza o ponto de partida concreto no exame da causalidade nos crimes omissivos impróprios.

Em analogia aos delitos comissivos, a análise da imputação objetiva do resultado (acontecimento típico) nos crimes omissivos pressupõe a existência de um risco permitido, o qual é entendido como uma permissão para que o agente não evite aquele comportamento que

individualmente as funções de vigilância e de proteção do bem jurídico que lhes são incumbidas no âmbito corporativo, para além de examinar suas eventuais formas de omissão equiparáveis à ação (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017).

²⁰ Em diante, evitando repetições desnecessárias, usar-se-á também as sigla CO, CCO, *Chief Compliance Officer* ou *Officer*.

²¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 240.

²² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 246/247.

²³ Várias são as correntes que tentam buscar uma solução acerca da ausência de um demarcação naturalística, dentre as quais destaca-se os autores que abordam a teoria da evitabilidade e a teoria da diminuição do risco.

²⁴ Art. 13, *caput*, do Código Penal: “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.”

poderia ocorrer comissivamente²⁵. Sintetizando a existência do risco na relação causal inserta na imputação objetiva:

Ainda que com algumas deficiências, nos crimes comissivos é possível, sem maiores esforços, que se realize a supressão mental de determinada conduta como determina a teoria da equivalência. Nos crimes omissivos, por outro lado, por se tratar da ausência de um comportamento, fica mais difícil a tarefa proposta pela *conditio sine qua non*, sendo essa a função de divisão entre causalidade fática e juízo normativo nos crimes omissivos impróprios: o primeiro juízo determinar que a omissão fora responsável pelo resultado em sua forma concreta e o segundo juízo se essa omissão causal diminuiu o risco de salvamento do bem jurídico em perigo. Após, à luz da teoria da imputação objetiva, deve-se verificar se houve a transformação ou manutenção do risco, se este se realizou e se estava dentro do alcance do tipo, ou seja, se a omissão foi objetivamente típica²⁶.

A despeito de sua dependência, trata-se de uma análise sucessiva dos elementos objetivos da tipicidade. Ora, não se poderia exigir eventual conduta de um indivíduo que sequer possua qualquer dever de ação, da mesma forma que se é infactível deliberar sobre uma suposta capacidade físico-real de agir do garantidor se esta é juridicamente impossível.

E mais, especificamente em relação ao *Compliance Officer*, como agente garantidor, não se pode permitir seja o dito exame sucessivo baseado tão somente nas atribuições profissionais por ele contratualmente assumidas, sob pena de se legitimar a responsabilidade penal objetiva em razão de seu cargo como gestor do programa de cumprimento. Em uma análise prática, ver-se-á ser imprescindível analisar os elementos normativos “*devia e podia agir*” inculpidos no art. 13º, §2º, do Código Criminal²⁷. Nesse ponto, far-se-á necessário diferenciar, também, a autonomia e hierarquia no exercício das funções práticas cotidianas do CO²⁸.

Por fim, em sequência aos elementos objetivos, em seu campo subjetivo, alcança-se o aspecto típico da omissão imprópria: o dolo (em suas três modalidades admitidas no campo omissivo) e a culpa. Para o estudo em voga, focaremos a análise precípua sobre eventual imputação subjetiva a título doloso em sua modalidade eventual.

²⁵ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trd. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. 2 ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 246.

²⁶ ANDRADE, Pedro Dojas Mello. *Critérios de imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 199.

²⁷ Art. 13, §2º, do Código Penal: “*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 e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*”

²⁸ Ainda sob a perspectiva prática do estudo acerca da responsabilidade penal do *Compliance Officer*, diversas especificidades na implementação das medidas previstas no programa de cumprimento corporativo ganham especial relevo no exame de eventual responsabilidade penal do CO. Embora ainda não abordados, aspectos como a cadeia hierárquica (e seus respectivos limites funcionais de atuação), descentralização dos dados e a complexidade dos fluxos informacionais se destacam na análise de eventual autoria delitiva nos crimes empresariais praticados no âmbito do tipo subjetivo da omissão imprópria, sobretudo nas hipóteses em que há uma atuação ativa do programa de *Criminal Compliance* na companhia.

Eis, portanto, o necessário pano de fundo teórico que baliza a abordagem do trabalho. Passa-se, assim, ao efetivo resumo metodológico que sintetiza os ulteriores capítulos desta dissertação.

1.1 Síntese metodológica: organização formal e conteúdo da dissertação

A partir da modernização do Direito Penal, discussões dogmáticas que tradicionalmente se restringem aos delitos comissivos vêm perdendo espaço aos questionamentos provocados pela ascensão do estudo da omissão imprópria. Da mesma maneira, não se tornaram raras as vezes em que o debate teórico visa a análise sobre a responsabilidade penal de todos os indivíduos atuantes no exercício da atividade empresarial, sobretudo os dirigentes.

Em face do surgimento do *Compliance* como medida preventiva aos novos riscos oriundos da criminalidade empresarial, a institucionalização de um indivíduo específico incumbido de implementar e gerir o programa de integridade tornou cada vez mais recorrente o embate sobre seu papel funcional na atividade corporativa e, conseqüentemente, os limites sobre sua eventual responsabilização criminal em seu exercício profissional.

Em razão de sua atualidade, a responsabilidade penal no âmbito da criminalidade de empresa foi definida como limite da abordagem dogmática. Mais especificamente, considerando a exígua quantidade de estudos sobre o tema, restringiu-se a análise sobre o papel funcional do profissional incumbido de implementar e gerir os programas corporativos de integridade nas sociedades empresariais e os limites à sua responsabilização criminal.

Especificamente sob a ótica dos elementos da tipicidade, o objetivo do estudo é delimitar a responsabilidade penal do *Compliance Officer* nos delitos omissivos impróprios praticados no âmbito corporativo. Para tanto, expor-se-á sua posição de garantidor e seus consequentes deveres de agir, de maneira a alinhar a análise de eventual imputação (sobretudo a dolosa) às suas específicas tarefas contratualmente assumidas com a pessoa jurídica, possibilitando-se, assim, restringir a responsabilidade às hipóteses em que o *Officer* efetivamente dispunha de elementos informacionais que pudessem lhe permitir agir dentro de sua autonomia frente à alta direção para contribuir com a prevenção do resultado típico, sobretudo nos casos em que há delegação da tarefas em razão da complexidade estrutural da empresa.

A metodologia a ser seguida será dogmática, legal e doutrinária. A base teórica utilizada foi extraída da literatura brasileira e, em grande parte, estrangeira, destacando-se as obras de autores espanhóis, alemães e argentinos.

Especificamente sobre a síntese do que será explorado, o primeiro capítulo da dissertação se dedica ao fundamentos preliminares próprios da responsabilidade penal a título omissivo. Nele, há a distinção dogmática entre omissão própria e imprópria, demonstrando o garantidor ser elemento essencial do tipo nesta última. Em sequência, para além de conceituá-lo e expor as teorias que o abordam, perquiriu-se as hipóteses de garantidor previstas no ordenamento jurídico brasileiro, especificando em qual caso o *Compliance Officer* se enquadra para os fins deste trabalho. Ao final do capítulo, com o intuito de introduzir os conceitos teóricos necessários, exclusivamente nos crimes praticados na atividade empresarial, os demais elementos da tipicidade (objetiva e subjetiva) no âmbito omissivo impróprio foram brevemente apresentados.

O capítulo seguinte introduziu o conceito e expôs o objeto dos programas de *Compliance*. Lá, demonstrou-se não só a consequência prática da autorregulação regulada na atividade empresarial na sociedade pós-industrial, mas principalmente o surgimento do *Criminal Compliance* (enquanto espécie do *Compliance*) como mecanismo de mitigação de riscos na atividade empresarial, obrigando o Direito Penal outrora orientado às punições *ex post facto* a se adequar à nova realidade preventiva do ambiente penal-empresarial.

O terceiro capítulo explora a interseção entre o Direito Penal Econômico e o *Criminal Compliance*, investigando as particularidades deste último como instrumento de prevenção de responsabilidades criminais individuais dos membros de pessoas jurídicas estruturalmente complexas. Ainda naquele capítulo, foram feitas breves considerações sobre a responsabilidade penal dos dirigentes empresariais enquanto garantidores originários, criticando a automática imputação subjetiva que lhes é feita tão somente em razão do cargo por eles ocupado. Por fim, para além de introduzir a delegação de funções e a divisão de tarefas como características essenciais à efetividade da atividade corporativa das grandes empresas, aquele capítulo se dedicou a mostrar o *Compliance Officer* contratualmente assumir a função de garantidor secundário (enquanto delegado) inicialmente atribuída aos dirigentes (enquanto delegantes).

O quarto capítulo se subdivide em três partes. A primeira parte analisa a posição de garantidor do *Compliance Officer* e os consequentes deveres de agir por ele assumidos, investigando o seu conteúdo e os limites de atuação frente aos deveres remanescentes aos dirigentes delegantes. Na parte seguinte, adentrou-se nos elementos objetivos dos tipos omissivos impróprios, especificando, em relação ao *Compliance Officer*, a relação entre a situação típica de perigo e o resultado, a omissão de eventual conduta determinada apesar da capacidade físico-real de agir e, ainda, o nexo de causalidade e imputação objetiva do resultado ao profissional. Na terceira parte do último capítulo, delimitou-se, finalmente, a imputação

subjetiva a título de culpa (quando prevista) ou dolo (principalmente em sua modalidade eventual, demonstrando as implicações práticas da configuração da cegueira deliberada e do erro de tipo na análise da responsabilidade penal dolosa ao *Officer*.

O último capítulo, dedicado às considerações finais, sintetizou todos os elementos objetivos e subjetivos da tipicidade na imputação de responsabilidade penal ao *Compliance Officer* no âmbito omissivo impróprio, demonstrando a imprescindibilidade na análise das funções efetivamente por ele praticadas, dos deveres de agir concretamente assumidos e, principalmente, do fluxo informacional efetivamente disponível, o qual exige do *Officer* o seu dever de agir para contribuir com a prevenção do resultado lesivo.

2 FUNDAMENTOS PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL A TÍTULO OMISSIVO

Preliminarmente ao estudo sobre a omissão imprópria nos delitos corporativos e a responsabilidade penal do *Compliance Officer*, há de se diferenciar os crimes omissivos próprios dos impróprios, bem como as distintas premissas de cada respectiva modalidade, para além do posicionamento aqui adotado.

2.1 Distinção entre omissão própria e imprópria

Historicamente, a dogmática penal se debruçou sobre os crimes comissivos, ou seja, aqueles executados por intermédio de condutas positivas. Destrinchada a Teoria do Crime, não se pode ignorar que a tipicidade, enquanto elemento delitivo, encontra amparo em ações concretas que afrontam a conduta típica expressamente prevista no dispositivo violado.

A omissão criminosa é objeto recente de estudo das Ciências Penais^{29,30}. Tradicionalmente abordada em específicos delitos, a modalidade omissiva própria se aplica

²⁹ Aliás, a prova da contemporaneidade da discussão atinge a própria terminologia das modalidades omissivas (RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2012, p. 156). Divergindo frontalmente quanto à nomenclatura dos tipos de omissão, a doutrina possui diferenciações que perpassam desde a terminologia majoritariamente adotada (própria e imprópria) até a popularmente chamada omissão própria e comissão por omissão. Neste trabalho, adotaremos a nomenclatura clássica que distingue a omissão própria da imprópria.

³⁰ Como contextualiza Silva Sánchez, o problema da punibilidade das omissões e, mais concretamente, o da possível equiparação de algumas delas às comissões ativas de crimes preocupa os juristas desde a Antiguidade. A discussão sobre o conceito de omissão como problema jurídico-penal é, no entanto, um fenômeno muito mais recente. Seu início deve ser situado no último terço do século XIX, em pleno período de domínio do causalismo naturalista na dogmática penal alemã. Um fator de seu surgimento é a necessidade de estabelecer novamente, desde o princípio, os fundamentos da punibilidade das omissões. Estes, em sua configuração tradicional, haviam

exclusivamente aos tipos penais cuja dicção literal preveja o exigido comportamento abstensivo para sua configuração³¹. É o clássico *deixar de fazer* uma ação, em que a não evitação daquele resultado naturalístico encontra direta tipificação legal. De todo modo, a omissão se torna penalmente relevante quando os diplomas criminais exigem a prática de determinada conduta, da qual a inação se materializa objetivamente no injusto penal³².

Por seu turno, em limitada síntese, a omissão imprópria se traduz na imputação de determinado tipo penal comissivo, ou seja, de certo fato delitivo cuja tradicional configuração exigiria do agente uma ação positiva. Contudo, em razão de sua distinta condição o obrigar a evitar determinado resultado lesivo (ocorrido tal como se sua ação fosse ativa), o omitente responde como se positivamente tivesse o causado. Logo, em sua modalidade imprópria, a omissão permite atribuir ao agente omitente a responsabilidade pelo resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico em razão de sua não intervenção (conduta negativa) na situação de perigo³³.

Justamente em razão da divergência encontrada, até os dias atuais, na literatura sobre os parâmetros que diferenciam os tipos omissivos, revertendo a metodologia para encontrar elementos comuns a ambas as modalidades da omissão, concluiu-se pela similitude da situação típica, da ausência de ação determinada e da plena capacidade de realizar a ação³⁴, a seguir brevemente explanadas.

Em sua esfera pura, a omissão própria prevê a situação típica expressamente elencada no texto legal, enquanto na omissão imprópria a situação típica pode se expandir para todo e qualquer delito, inclusive em âmbito comissivo. Da mesma maneira, as duas espécies de omissão violam normas mandamentais (enquanto gênero normativo, como mais abaixo se explicará). Por fim, de igual forma, as omissões própria e imprópria exigem do agente a inércia

sido abalados pela concepção causal-empírica da estrutura do crime e, em particular, da ação como elemento básico do sistema. (Tradução livre de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 03/04).

³¹ Tradicionais exemplos tipificados no Código Penal brasileiro são a omissão de socorro prevista no art. 135 (“*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*”); o abandono material capitulado no art. 244 (“*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*”) e a omissão de notificação de doença prevista no art. 269 (“*Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória*”).

³² Especificamente sobre a objetividade, há de se destacar que a inatividade não se limita tão somente em seu imóvel conceito restritivo, mas ainda em razão de eventual conduta diversa daquela tipificada.

³³ CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 80.

³⁴ DUARTE, Túlio Figueiredo. *A responsabilidade penal dos gestores de empresa por omissão*. In: LOPES, Luciano Santos; MENDES, Alana Guimarães. (Org.). *A proteção penal da economia e da supraindividualidade: avanços e retrocessos*. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 90.

na conduta que evitaria o resultado lesivo, bem como sua real capacidade em agir para a referida evitação. Contudo, naquela última, a distinção essencial reside na condição especial do agente enquanto garantidor do bem jurídico.

Portanto, em breves linhas, a omissão imprópria possui os três elementos constitutivos da omissão própria, para além de exigir do sujeito ativo uma posição de garante em razão da possibilidade concreta de evitação daquele resultado naturalístico concretamente produzido³⁵. Fala-se na produção concreta de um resultado naturalístico considerando que a simples violação de um dever de agir não pode ser circunstância absoluta hábil a permitir a responsabilização do garantidor, em razão da exigida observância ao princípio da culpabilidade impedir a responsabilidade penal objetiva meramente em detrimento da condição do agente.

Abre-se breve parêntese para esclarecer que parte da literatura brasileira argumenta pela possibilidade de o resultado se limitar à esfera jurídica, fundamentando inexistir um nexos naturalístico de causalidade entre a conduta e o resultado, tratando-se, portanto, de um resultado de cunho jurídico³⁶. Todavia, o referido entendimento acaba por fazer letra morta ao art. 18 do Código Penal brasileiro, cuja dicção dispõe expressamente sobre o termo “*resultado*” exigido nos crimes dolosos e culposos, em evidente aproximação ao acontecimento típico. Não só isso, o dito posicionamento se ampara na alegada inexistência de nexos causal entre o comportamento e o resultado, circunstância que exigiria a estipulação irracional de um nexos jurídico supostamente garantido pelo dever de agir previsto no art. 13, §2º, do mesmo diploma legal.

Crê-se, portanto, que o *resultado* previsto no dispositivo legal supracitado se traduza na ofensa concreta do bem jurídico, seja em razão do mero perigo ou da efetiva lesão. Logo, o dever de agir diz respeito ao encargo do garantidor em evitar que determinado indivíduo, na

³⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trd. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 275.

³⁶ Cita-se, por exemplo, “*não existe crime sem resultado, diz o art. 13. A existência do crime depende de um resultado. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual resultado é sempre exigido para a configuração do crime? Lógico que não pode ser o resultado natural (ou naturalístico ou típico), porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado (natural). Consequentemente, o resultado exigido pelo art. 13 só pode ser o jurídico. Este sim é que está presente em todos os crimes. Que se entende por resultado jurídico? É a ofensa ao bem jurídico, que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão. Esse resultado jurídico possui natureza normativa (é um juízo de valor que o juiz deve fazer em cada caso para verificar se o bem jurídico protegido pela norma entrou no raio de ação dos riscos criados pela conduta)*” cf. GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59/60. A despeito de posteriormente mudar de posicionamento, inicialmente seguindo a referida linha, “*estamos, portanto, com Luiz Flávio Gomes, que não limita o resultado, previsto na redação do art. 13 do Código Penal, somente àqueles considerados como naturalísticos. Essa limitação impediria o reconhecimento, em diversas infrações penais, da responsabilidade penal do agente garantidor (...). Assim, concluindo, o resultado mencionado pelo art. 13 do Código Penal deverá ser entendido como o jurídico, e não o meramente naturalístico*”, cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal I*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 357.

iminência de praticar eventual ação típica, afete o bem jurídico por ele protegido³⁷, em uma interpretação que se estende ao acontecimento típico ou à mera situação de perigo abstrato.

Sem embargo das digressões retro, vários são os critérios adotados na literatura brasileira para diferenciar a omissão própria da imprópria, desde parâmetros tipológicos, normológicos e até preceitos que dizem respeito ao sujeito ativo da conduta ou ao resultado³⁸. Para os fins deste estudo, adotar-se-á a configuração *mista*, cuja base foi estipulada por Tavares:

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe que o sujeito tenha com a vítima um vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de seu garantidor. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos impróprios, como no delito de omissão de socorro, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente se o omitente conhece a vítima, ou se guarda com ela uma relação de proteção. Fala-se que essa relação é especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferentemente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios.³⁹

Da leitura do fragmento acima, é possível constatar a adoção do critério que diz respeito ao sujeito ativo da conduta – *complementado, inclusive, com o preceito normológico*⁴⁰, o qual estipula que os crimes omissivos impróprios exigem condições especiais do agente em uma clara posição de garantidor na evitação do resultado, à medida que os delitivos omissivos próprios não exigem do indivíduo qualquer condição específica⁴¹. Contudo, considerando existirem crimes omissivos próprios que também exigem do agente a configuração de sua posição de garantidor, complementou-se o critério com o parâmetro de Silva Sánchez⁴², posteriormente aperfeiçoado por Felipe Longobardi Campana⁴³, no sentido de que a distinção

³⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 240.

³⁸ DUARTE, *A responsabilidade penal dos gestores...*, p. 87.

³⁹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria dos crimes omissivos*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2012, p. 297/298.

⁴⁰ A despeito de explorado neste trabalho, as críticas referentes ao critério normológico merecem destaque, sobretudo para elevar o pilar do sujeito ativo ao protagonismo. Isso porque a distinção entre as modalidades omissivas exclusivamente baseada na natureza da norma violada não seria suficiente para diferenciar a essência dos tipos penais. Isso porque as duas espécies de norma possuem justamente o mesmo gênero mandamental. Ora, como espécie, a norma proibitiva prevê um mandamento (gênero) que determina a ação cautelosa de se abster de praticar eventual conduta que possa impedir o resultado que se está obrigado a evitar (KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trd. Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 23.). Logo, diz-se “complementar”, em razão de seu critério secundário em relação ao parâmetro do sujeito ativo.

⁴¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 184/185.

⁴² SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión...*, p. 431/438 e 477.

⁴³ CAMPANA, *A tentativa...*, p. 79/83.

entre a posição de garante nas modalidades omissivas reside no domínio normativo da situação típica pelo agente na omissão imprópria, oriunda de sua assunção prévia e inequívoca da posição e não somente de um dever geral de solidariedade.

Portanto, a diferença reside na consequência jurídico-penal na atribuição de uma realização típica da modalidade omissiva a uma conduta, sendo que:

Atribuir a realização típica de omissão imprópria a determinada conduta humana significa responsabilizar penalmente o omitente pelo resultado por não ter realizado a intervenção na situação de perigo ao bem jurídico. Por outro lado, a realização típica de omissão própria redundará em responsabilizar o omitente apenas pela não intervenção na situação típica, por mais que dela decorra um resultado lesivo ou perigoso.

O critério que melhor explica esta consequência prática é o que distingue as espécies de omissão a partir da verificação de uma identidade estrutural entre a omissão e a comissão, que pode ser resumida pela ideia de exercício de liberdade prévia suficiente para equiparar a posterior não melhora da situação do bem jurídico com a própria criação da situação de perigo.

(...)

Em suma, o critério de distinção entre as espécies de omissão é o exercício ou não de atos de liberdade prévios que se compõem da assunção inequívoca da contenção de riscos da situação típica, pois, uma vez presente este exercício prévio da liberdade, o omitente detém controle da situação e pode ser responsabilizado por ela e seu posterior resultado (omissão imprópria). Por outro lado, uma vez ausente esta assunção, o omitente não detém tal controle, o que impede a atribuição de responsabilidade dolosa pelo resultado decorrente desta situação (omissão própria).⁴⁴

De mais a mais, a despeito do critério adotado para a conceituação da omissão imprópria⁴⁵ - e conseqüente diferenciação da omissão pura, percebe-se uma condição elementar inafastável comum: a posição de garantidor de seu sujeito ativo.

2.2 O garantidor como figura essencial do tipo objetivo da omissão imprópria

No curso da evolução das Ciências Penais, três teorias foram desenvolvidas para a conceituar a atribuição do agente garantidor: a formal (ou tradicional)⁴⁶, a material (ou

⁴⁴ CAMPANA, *A tentativa...*, p. 80/82.

⁴⁵ Sobre os exaustivos esforços da literatura brasileira na estipulação dos critérios que diferenciam as modalidades omissivas, cf. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Os crimes omissivos impróprios e seus elementos objetivos à luz do funcionalismo teleológico*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2017, p. 67/68: “*Sem embargo, parece que, no Brasil, a prática dos tribunais pouco se tem dedicado à elucidação teórica dos diferentes requisitos para a consumação de tais modalidades de crimes, bem como há escassez de doutrina, ainda que representativa, sobre o tema. Atenta-se a uma dificuldade do órgão acusatório em, por vezes, subsumir de maneira adequada e consistente a simples descrição do fato à construção teórica de um delito omissivo impróprio, principalmente no âmbito dos delitos econômicos e empresariais, atribuindo-se a posição de garante à dirigentes de empresas que sequer tinham poder de controle sobre a fonte do perigo para a evitação do resultado.*”

⁴⁶ Como o próprio nome sugere, a teoria formal foi desenvolvida por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach e estabelece que a posição de garantidor é assumida pelo agente por intermédio de lei ou contrato, estando ambas as fontes de dever intrinsecamente ligadas a uma obrigação originária do cidadão. Posteriormente, em

funcional)⁴⁷ e a material-formal, esta última adotada na legislação brasileira. Por um lado, duas premissas constitucionalmente asseguradas exigem a conceituação material da posição de garantidor na omissão imprópria: os princípios da legalidade e da igualdade⁴⁸. A primeira assegura que as atribuições do garante se originem exclusivamente de normas penais (sendo vedada a utilização de preceitos extrapenais por força do art. 5º, XXXIX, CF/88⁴⁹) que demonstrem efetivamente o dever especial de agir na evitação do resultado. A segunda, por sua vez, possibilita a combinação entre os ditos preceitos normativos norteadores e o fundamento material na punibilidade da violação do dever de agir, em evidente observância ao exigido tratamento igualitário previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88⁵⁰.

Por outro turno, a fração formal da teoria permite que meras previsões legais ou disposições contratuais possam gerar deveres penais de garante. Todavia, há de se ter cautela, considerando que utilizar a fonte formal como fundamento absoluto da posição de garantidor consente que a responsabilidade penal passe a depender de avaliações contratuais que fujam do escopo da legislação criminal. Portanto, se trata de fração insuficiente para fundamentar a posição do garantidor em sua completude, razão pela qual deve-se observar, ainda, o fundamento material⁵¹ que, em síntese, se põe como a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico⁵², de maneira a possibilitar a equiparação da resposta penal comissiva à omissiva.

Historicamente, em razão de inicialmente adotar a teoria formal, a lei penal brasileira se distanciou de legislações estrangeiras que serviram como inspiração para a estipulação das

complementação, Christoph Carl Stübel acrescentou a ingerência como situação de perigo criada por uma ação precedente. Por fim, Franz von Liszt e Edmund Mezger, também adeptos a teoria formal, contribuíram afirmando que a posição de garantidor é estabelecida por um preceito de ordem superior, de uma especial aceitação por negócio jurídico e de um atuar precedente que origina o perigo de produção do resultado. (ZINI, Júlio César Faria. *Os crimes omissivos na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 231/232).

⁴⁷ Desenvolvida por Armin Kaufmann, a teoria funcional estabelece ao garantidor vínculos materiais e duas são as modalidades de deveres assumidos. A primeira diz respeito aos deveres de proteção e assistência, determinando, por meio de lei ou contrato, a incumbência de proteger o bem jurídico tutelado a lesões (ou ameaças de lesão) de cunho genérico. A segunda trata dos deveres de segurança e controle, atribuindo ao garantidor a função de supervisão de fontes de perigo determinadas de forma a proteger o bem jurídico que pelo perigo possa ser alcançado, o que majoritariamente ocorre nos casos de ingerência no âmbito social do agente. (ZINI, *Os crimes omissivos...*, p. 233).

⁴⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 84.

⁴⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

⁵⁰ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁵¹ CAMPANA, *A tentativa...*, p. 71/72.

⁵² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 84.

hipóteses em que o agente garantidor tenha o dever de evitar eventual resultado lesivo. A título exemplificativo, as disposições normativas nos Códigos Penais português⁵³ e espanhol⁵⁴ preveem determinadas condições legais ínsitas à posição de garantidor. Basta ver a síntese expositiva dos motivos que fundamentaram a criação do ordenamento penal pátrio para constatar os resquícios absolutos da teoria formal advindos das leis de outros países⁵⁵.

Ainda no que diz respeito às suas bases históricas, não se pode deixar de destacar a relevância da teoria das funções (ou teoria funcional) na construção dogmática da posição de garantidor. Desenvolvida por Kaufmann, a teoria funcional estabelece um paralelo entre bem jurídico e a posição de garante⁵⁶. Apesar de também não ser suficiente – *tal como acima explorado*, as premissas materiais da teoria das funções elencaram a punibilidade do agente ao seu suposto domínio do fato, razão pela qual a equiparação entre ação e omissão permitiria a adoção de um critério de domínio sobre o fundamento do resultado, elemento central da natureza da posição de garantidor. Sob esta perspectiva, a imputação do resultado ao agente ocorreria após uma análise entre o centro pessoal de controle e o movimento corporal causador daquele resultado⁵⁷.

Atualmente, entende-se o ordenamento pátrio adotar a teoria material-formal. Muito embora possua inspiração na teoria das fontes formais, não se pode afastar a base da teoria

⁵³ Nos termos dos incisos do art. 10 do Código Penal português, há a previsão legal distintiva entre as condutas comissivas e as omissivas, bem como o dever jurídico de agir para evitar a responsabilização do agente pela “comissão de um resultado por omissão”: “*Artigo 10.º Comissão por acção e por omissão 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.*” Em razão da evidente similaridade entre as línguas, deixa-se de efetuar a tradução do texto legal.

⁵⁴ O Código Penal espanhol, em seu art. 11, legisla sobre a punibilidade do agente por condutas omissivas frente ao dever jurídico concreto de evitar o resultado, equiparando, ainda, a omissão à comissão. “*Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*”. Em tradução livre, tem-se “*Artigo 11. Os crimes que impliquem a produção de um resultado só serão considerados cometidos por omissão quando não há evitação do mesmo, mediante violação de dever legal específico do agente, equivalente, nos termos da lei, à sua causação. Para este efeito, a omissão será equiparada à ação: a) Quando existir obrigação legal ou contratual específica de agir. b) Quando a pessoa que omitiu tiver criado uma ocasião de risco para o bem legalmente protegido por meio de ação ou omissão anterior.*”

⁵⁵ O item 13 da exposição de motivos da reforma de 1984 do Código Penal estabelece “*No artigo 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinadas à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclusão, no texto do § 1º do artigo 13, da palavra relativamente. “Se a causa superveniens”, destaca Néelson Hungria, “se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma “não-causa”.*”

⁵⁶ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289/292.

⁵⁷ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 87/88.

material, cuja natureza impede a ampliação da responsabilização por omissão em detrimento de qualquer compromisso para com o bem jurídico tutelado e, conseqüentemente, da malfadada responsabilidade penal objetiva⁵⁸. Logo, em que pese fundamentalmente não se valer de elementos exclusivos do Direito Penal em inobservância ao princípio da legalidade, conjugou-se a teoria formal que vincula o garantidor à lei (ou contrato) à proximidade do agente com o bem jurídico protegido, a fim de identificar seu eventual dever de agir estipulado pela teoria material – *eis, portanto, a mista teoria material-formal*⁵⁹.

No cenário brasileiro moderno, a teoria material-formal no sistema jurídico-penal alia a função de proteção do bem jurídico concreto e de supervisão das fontes de perigo às próprias fontes do dever de garante determinadas por lei, contrato e/ou ingerência⁶⁰. Nesse sentido, possuindo um determinado dever especial de agir para evitar o resultado, o garantidor é o sujeito elencado nas hipóteses do aditando art. 13, §2º, do CPB. Em face de determinados contextos de perigo ou efetiva lesão ao bem jurídico, exige-se do garantidor uma ação concreta na evitação do resultado típico, razão pela qual em caso de comprovada inação é possível responsabilizá-lo a título de omissão imprópria – *logo, trata-se do sujeito ativo dos delitos omissivos impróprios*.

Em seu rol, para além de afirmar que a omissão pode ser causa de um resultado penalmente relevante “*quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”, o retromencionado dispositivo legal estabelece critérios para a determinação dos portadores do dever de agir na evitação daquele resultado. Assim, tem-se no CPB a delimitação dos pressupostos causais (a omissão como condição do resultado), ontológicos (capacidade fático-real de agir) e, por fim, normativos (dever de garantidor) da tipicidade⁶¹, individualmente explorados em capítulo próprio.

Especificamente seguindo os parâmetros instituídos pela teoria formal, o *codex* criminal estipula as hipóteses em que o agente deva atuar para evitar o resultado típico e, considerando a fonte material se sobrepor à formal, há de se ver a incidência individualizada da criminalização às suas específicas fronteiras.

2.2.1 Atribuição legal de cuidado, proteção ou vigilância

Em sua alínea *a*, o artigo 13, §2º, do CPB, atribui legalmente ao garantidor a obrigação de cuidado, proteção e vigilância. A atribuição legal deriva de qualquer procedimento

⁵⁸ DUARTE, *A responsabilidade penal dos gestores...*, p. 96.

⁵⁹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 306/307.

⁶⁰ ZINI, *Os crimes omissivos...*, p. 238.

⁶¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 81.

legislativo previsto no ordenamento pátrio⁶² e se baseia da garantia assegurada pelo art. 5º, II, da Carta Política⁶³ que limita a outorga de competência legal ao garantidor às leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e medidas provisórias desde que convertidas em lei⁶⁴.

Para além de limitar normativamente, a espécie atributiva em voga também restringe as modalidades de dever às obrigações de cuidado, proteção e vigilância, cuja natureza decorre exclusivamente do bem jurídico tutelado⁶⁵. Especificamente no contexto corporativo, o dever do garantidor instituído por lei atinge tão somente as estruturas societárias que possuam a complexa gestão da atividade econômica por meio da divisão e delegação de funções, ou seja, as empresas limitadas⁶⁶ e as sociedades anônimas⁶⁷, considerando que, embora prevaleça no Brasil, a sociedade jurídica individual a estrutura empresarial não prevê a complexidade exigida para a devida análise dos deveres legalmente assumidos pelo garantidor⁶⁸.

2.2.2 Assunção, de outro modo, da responsabilidade em evitar o resultado

Na sequência de seu texto legal, o art. 13, §2º, alínea *b*, do CPB, determina a assunção da responsabilidade como fonte do dever de agir, o que ocorre por intermédio de contrato ou outro ato voluntário que formalize a aceitação fática. Sem embargo do instrumento utilizado (que, inclusive, pode ser verbal⁶⁹), há de se destacar a especial confiança na ação executada

⁶² Em sentido amplo, abarcam-se as leis formais, penais ou extrapenais, sendo que nas primeiras é “*indispensável que o dever de atuar provenha de lei em sentido material e formal, sem que o que teríamos ofensa ao princípio da legalidade*” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et all. Direito penal brasileiro*. 2º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 359).

⁶³ Constituição Federal de 1988: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”

⁶⁴ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 307.

⁶⁵ “*A obrigação de cuidado compreende tanto a atenção para com a higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de proteção se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio.*” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 308, grifo próprio).

⁶⁶ Nos moldes sugeridos pelo próprio conceito, nas sociedades limitadas, a responsabilidade do sócio está sujeita aos parâmetros instituídos pelo art. 1.052 do Código Civil, cujo texto determina a restringe “*ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.*”

⁶⁷ Da mesma forma, nas sociedades anônimas, o art. 1º da Lei n. 6.404/76 limita a responsabilidade de seus membros (sócios ou acionistas) “*ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.*”

⁶⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*

⁶⁹ Nesse sentido é o que dispõe o próprio Código Civil brasileiro, cujo art. 107 estabelece que “*a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*”. Cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 315 e, na mesma linha, ANDRADE, *Crítérios de imputação...*, p. 89.

como premissa essencial à anuência da responsabilidade, em uma relação de dependência com confiança recíproca que origina o dever de evitação do resultado⁷⁰.

Por óbvio, o registro contratual formalizado não é circunstância absoluta hábil a ensejar a atribuição de responsabilidade penal, sob pena de limitá-la à objetividade e à teoria formal do dever. Sob o mesmo raciocínio, considerando a extensão do elemento normativo “*de outra forma*”, conclui-se a formalidade ser prescindível. Em qualquer dos casos, para a configuração da hipótese em testilha, exige-se a efetiva caracterização da voluntariedade do agente, ou seja, sua verdadeira intenção em custodiar o bem jurídico penalmente tutelado, em razão do inafastável elemento critério material da posição de garantidor⁷¹. Aliás, o traço da teoria material ganha destaque quando se considera que a expressão “*de outra forma*” permite a aceitação do dever sem a exigência de qualquer negócio jurídico formal, bastando a relação do garantidor com o bem jurídico por ele protegido.

Nessa ótica, textualmente registrado ou não, o dever concreto de evitar o resultado decorre unicamente da manifestação inequívoca de vontade do agente em aceitá-la. E justamente em razão de sua flexibilidade⁷², várias são as possíveis formas de voluntariedade a serem exteriorizadas, dentre as quais destaca-se a vida em comunidade (em uma assunção mútua de todos os indivíduos da responsabilidade de proteção dos bens jurídicos); a prática conjunta de certas atividades (com a consciência comum acerca da extensão do perigo ao qual os agentes igualmente se submetem); o exercício profissional (cuja atividade laborativa exija do agente a evitação do resultado decorrente de sua própria função, como na relação médico-paciente); a decisão unilateralmente tomada (exclusivamente pelo garantidor, ainda que sem a anuência do sujeito passivo do delito) ou, ainda, eventual execução de funções ou serviços públicos (em que o dever de agir deriva das próprias incumbências do cargo ocupado, a exemplo do policial).⁷³

Existindo qualquer pacto contratual, seus próprios termos devem apontar os limites do dever de agir e a extensão das obrigações atribuídas. Sob esta perspectiva, da mesma maneira que sua existência não pode ser circunstância absoluta na atribuição de responsabilidade penal ao agente em caso de não evitação do resultado lesivo, o contrato não deve estipular mera

⁷⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. In: Revista de direito penal e Criminologia, Rio de Janeiro, n. 33, 1984, p. 23.

⁷¹ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 97.

⁷² A flexibilidade dos requisitos do negócio jurídico se mostra tão cara à posição de garantidor por assunção fática que a literatura brasileira sequer exige que o aceitante possua capacidade civil, muito bora seja este um dos requisitos indispensáveis da legislação civil pátria, por força do art. 104, I, do CCB. Exemplo clássico é a babá menor de idade contratada para “*tomar conta*” de uma criança. Nesse sentido, cf. ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 89, bem como COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 97.

⁷³ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 313/317

cláusula de descumprimento de seus termos, justamente em razão de seu conteúdo material se destinar à obrigação de cuidado, proteção e vigilância com o bem jurídico. Assim sendo, não se deve confundir eventual violação de um dever contratualmente assumido com mero descumprimento de cláusula negocial⁷⁴.

Ainda no dito cenário hipotético, cumpre ressaltar que a assunção do dever de agir não formalizada por escrito permite a atribuição de responsabilidade do agente nos estritos casos em que se torna indene de dúvidas sua voluntariedade expressa decorrente de sua própria avocação. Por essa razão e, por consequência lógica, a constatação próxima de uma situação de risco não atribui ao agente (que não se voluntariou a impedir a ocorrência de determinado resultado causado pela situação verificada) a posição de garantidor.

Ainda no mesmo contexto, há a necessidade em se respeitar os limites concretos dos deveres de agir assumidos pelo garantidor. Seja por instrumento contratual ou não, o grau de assunção determina a extensão prática do dever de ação daquele indivíduo, razão pela qual não se pode exigir toda e qualquer ação que fuja do efetivamente assumido, sob pretexto de ter ele aceitado aquela posição. Portanto, conclusão outra não há a não ser que o dever de agir assumido encerra-se com o término da situação de perigo que outrora gerou a assunção de responsabilidade pelo garantidor de evitar o resultado.

Os ditos limites basilares da obrigação assumida se mostram tão relevantes que, na hipótese de eventual negócio jurídico se tornar nulo, é possível a manutenção do dever de impedir a ocorrência do resultado⁷⁵. Na contramão, considerando que a obrigação assumida se limita aos próprios termos da assunção ineficaz, torna-se ineficaz permitir a perpetuação *ad aeternum* dos deveres de cuidado, proteção ou vigilância – *inclusive com base nas circunstâncias espaço-temporais delimitadas*. Não só isso, justamente em razão de seus próprios limites, o dever de agir (ou o excesso em seus limites) não surge automaticamente em ciclos sociais que acarretem relações interpessoais de dependência⁷⁶.

Ponderadas suas premissas teóricas, entende-se o *Compliance Officer* se adequar, em regra, à hipótese regida pelo art. 13, §2º, alínea *b*, do Código Penal brasileiro. Embora explorada em capítulo próprio, a formalização da relação entre o profissional que implementa e gere o programa criminal de integridade e a sociedade empresarial que o contrata consolida o vínculo exigido pelo dispositivo legal supracitado. E mais, a aceitação do encargo do *Compliance*

⁷⁴ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 92.

⁷⁵ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 97.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - tomo II: especiales formas de aparición del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 2014, p. 867.

Officer não só ocorre em razão da pactuação contratual com a empresa em que o programa é instituído, mas principalmente considerando a forma de voluntariedade materializada pelo exercício profissional de suas próprias funções – *tal como no exemplo prático formulado por Juarez Tavares e explicitado mais acima, cuja natureza da relação profissional dispensa qualquer formalidade no âmbito contratual.*

Por isso, os limites funcionais do dever de agir do CCO no âmbito corporativo se comunicam diretamente com os elementos normativos “*devia e podia agir para evitar o resultado*”. Como se verá adiante, as fronteiras práticas no exercício profissional do *Compliance Officer* instituídos pela autonomia que lhe é concedida se posicionam como barreiras típicas à sua responsabilização penal por eventual conduta omissiva imprópria. Logo, considerando sua subordinação hierárquica à alta direção da companhia, não raras as vezes a restrita autonomia do *Compliance Officer* enquanto garantidor enfrenta obstáculos impostos pelo fluxo incompleto de informações que deveriam ser repassadas em sua integralidade ou, ainda, por conflito oriundo de interesses pessoais dos gestores empresariais. De todo modo, ambas circunstâncias influenciam não só no poder decisório do CO (caso lhe seja concedido), mas sobretudo no potencial conhecimento de eventual delito que esteja sendo praticado.

Por fim, previamente à exposição da última hipótese do art. 13, §2º, do CPB, há de se reiterar que suas duas primeiras hipóteses (alíneas *a* e *b*) reforçam a predominância da teoria material-formal no ordenamento jurídico brasileiro. Nos dois casos, embora formalmente seja possível recorrer à existência de obrigações instituídas por determinado diploma legal ou instrumento contratual, não se pode deixar de delimitar materialmente a posição do garantidor com base em seu dever de proteger o bem jurídico de todo e qualquer perigo ou tão somente supervisionar determinada fonte de perigo, inobstante o bem jurídico eventualmente em risco^{77,78} – *cuja mencionada identidade estrutural normativa permite equiparar a comissão à omissão imprópria com base no fundamento material do garantidor.*

2.2.3 O risco de ocorrência do resultado criado por comportamento antecedente – ingerência

A última hipótese de omissão penalmente relevante no ordenamento jurídico brasileiro trata da ingerência, conduta anterior do agente que cria o risco de realização do resultado lesivo

⁷⁷ KAUFMANN. *Dogmática de los delitos de omisión...*, p. 289/290.

⁷⁸ Em que pese há uma limitação material, a estipulação concreta de situações de garantia oriundas dos deveres assumidos está internamente ligada ao efetivo compromisso aceito pelo agente, ou seja, de sua relação direta com o bem jurídico por ele protegido (nos casos de dever de proteção) ou com a fonte de perigo supervisionada (nos casos de dever de vigilância). (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión...*, p. 247)

ou perigoso ao bem jurídico tutelado. Sua origem decorre do princípio *nemine latere* que, em síntese, determina que o sujeito que cria o perigo deve cuidar para que este não gere dano⁷⁹. Considerando inexistir, nesta hipótese, qualquer elemento normativo, contratual ou informal que atribua ao agente a posição de garantidor e estipule seus limites de agir, a restrição ao dever de evitar o resultado criado pela ingerência deve ser ponderada a partir da própria legislação, justamente para superar a rasa ideia de que todo ingerente converte-se em garantidor⁸⁰.

Em primeiro lugar, deve-se analisar o que seria a criação de um risco. Sob um prisma ontológico, trata-se de uma conduta comissiva atrelada ao movimento corporal voluntário ou por um comportamento que se materializa no mundo exterior, projetando o bem jurídico ao perigo concreto ou potencial⁸¹. Com efeito, no campo da ingerência, desde já é possível excluir eventuais condutas que somente diminuam o risco ou que apenas reforcem um risco já existente⁸². Ademais, considerando a sucinta expressão “*comportamento anterior*” prevista no texto legal da hipótese em análise, estende-se sua natureza às condutas omissivas e comissivas⁸³, a despeito da persistente discussão doutrinária acerca do conteúdo e dos limites da posição de garantidor por ingerência⁸⁴. Todavia, considerando sua preponderância na literatura brasileira⁸⁵, limitar-se-á a ingerência ao comportamento anterior *positivo*.

Delineada a conceituação do risco, há de se perquirir sua extensão. De início e, por óbvio, a mera criação do risco não gera a atribuição de responsabilidade penal ao seu causador, sobretudo porque diversos riscos são plenamente aceitáveis na sociedade moderna, embora assumidamente temerários em razão de sua própria essência⁸⁶. Se assim o fosse, anuir com criação de riscos permitidos para a configuração da posição de garantidor exigiria de todos os indivíduos, ampla e irrestritamente, um dever geral de assistência para com suas próprias ações, circunstância evidentemente inconciliável com a *ultima ratio* do Direito Penal e com o Estado Democrático de Direito⁸⁷.

⁷⁹ NETTO, *Os crimes omissivos...*, p. 25.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria do delito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 364.

⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 131-151, 2020, p. 136.

⁸² ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 102.

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 211.

⁸⁴ Cf. COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 99/100 e, no mesmo sentido, ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 102, cujos trabalhos bem exploraram as particularidades de cada entendimento.

⁸⁵ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 317/318; BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 136.

⁸⁶ Como bem expôs em BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 136, “*A sociedade contemporânea aceita o risco em inúmeros setores e atividades. Dirigir automóveis, produzir energia, fabricar medicamentos, são atividades arriscadas, mas toleradas – e até incentivadas – para garantir a dinâmica da economia, e assegurar o conforto e o desenvolvimento social.*”

⁸⁷ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 103.

De mais a mais, na doutrina pátria, a análise da criação do risco advém da espécie de dever atribuída ao sujeito, em que ambas as modalidades podem ou não ter o mesmo desvalor: dever de *controle do risco* ou o *dever de salvamento* quando o risco sai do controle do indivíduo⁸⁸. O primeiro se traduz na obrigação do agente em manter o risco por ele criado dentro da tolerância exigida, cujos limites são estipulados pelas normas intrínsecas ao dever de cuidado⁸⁹. O segundo reside na “posterioridade”, uma vez que o dever do agente surge quando o risco se encontra fora de sua esfera inicial de controle e extrapola os limites da tolerância⁹⁰.

Enquanto o dever de controle exige do garantidor a obrigação de manter ou restituir o risco aos parâmetros tolerados, o dever de salvamento lhe impõe agir para revogar o curso causal que se desenvolve rumo ao resultado⁹¹. Portanto, a imputação do resultado com base no comportamento anterior do agente frente ao risco (permitido ou não) em ambas as modalidades

(...) sempre terá por parâmetro a violação de uma norma de cuidado. Ou bem o agente, já na criação do risco, violou tais normas e produziu um resultado não permitido, ou bem criou um risco permitido e uma omissão posterior o transformou em normativamente intolerável. A omissão somente será relevante no âmbito do controle se existir previamente um risco não permitido ou se a própria omissão é o comportamento que viola uma norma de cuidado e modifica o status do risco.

Assim, no âmbito do controle do risco, a omissão será relevante se não restituir um risco desaprovado criado pelo agente ao seu patamar tolerável, ou se transformar o risco permitido em não permitido, pelo descumprimento das normas de cuidado mandamentais previstas em atos institucionais, em regras técnicas profissionais ou pautadas sobre um juízo de ponderação. O dever de agir no contexto de controle não existe apenas diante de riscos não permitidos ou contrários ao direito, mas também diante de riscos permitidos, quando uma conduta positiva é exigida para evitar sua transformação em risco não permitido – nesse caso, a omissão constitui o ato violador de uma norma de cuidado mandamental, é ela que cria o risco não permitido.

(...)

Assim, o dever de salvamento para fins de imputação do resultado por ingerência só existe diante da criação de um risco não permitido. A existência de um risco permitido afasta o dever de salvar a vítima, porque nestes casos a posição do omitente diante do bem jurídico é a mesma de qualquer outro possível interveniente que esteja no local. Não existe relação especial, um status diferenciado, que imponha ao omitente um dever distinto de qualquer pessoa, uma vez que inexistiu a violação prévia de um dever de cuidado. Aquele que cria um risco permitido e omite o salvamento da vítima responderá pela omissão de socorro, mas não por homicídio.⁹² (grifo próprio)

⁸⁸ BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 137/138.

⁸⁹ Como exemplo, é o clássico empresário que constrói uma montanha-russa em um parque de diversões, tratando-se, portanto, de um risco permitido no caso de observância às normas de cuidado. Por essa razão, eventuais incidentes que fujam da previsibilidade não acarretam sua responsabilidade por ingerência. Todavia, na hipótese de acidentes por manutenção inadequada (ou inexistente), o risco inicialmente permitido se converte em não permitido, possibilitando a imputação dos resultados lesivos por ingerência do empresário.

⁹⁰ Por seu turno, no âmbito do dever de salvamento, tem-se como tradicional exemplo o caso do motorista que, ao causar um acidente, retira do foco o controle da fonte de perigo inicial (dever de controle) em razão de sua irrelevância para a continuidade do curso causal e dá origem ao seu dever de salvamento, obrigando-lhe agir para salvar o bem jurídico em efetivo perigo.

⁹¹ BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 140.

⁹² BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 139 e 142.

Logo, o ponto de partida da imputação do resultado em razão da ingerência do agente na criação do risco reside umbilicalmente no poder de controle do garantidor sobre os fundamentos do resultado lesivo. Isso porque a exigência de um poder de controle sobre criação e conseqüente desenvolvimento do resultado é circunstância fundamental que permite evitar que a ingerência se transforme em um subterfúgio de responsabilidade objetiva por mera irregularidade⁹³.

2.3 A imputação de responsabilidade penal na omissão imprópria no âmbito empresarial: breve introdução aos demais elementos da tipicidade

No contexto corporativo, a posição de garantidor pressupõe duas premissas centrais. A primeira se consubstancia na relação juridicamente formalizada de controle sobre a empresa, que naturalmente decorre da interdependência entre a liberdade de organizar as fontes de perigo e a responsabilidade dela advinda. Por essa razão, a gestão da atividade empresarial da pessoa jurídica materializa a relação de controle exercida por seus dirigentes sobre a corporação e os perigos oriundos⁹⁴. A segunda, intrinsecamente conectada com a primeira, diz respeito à assunção fática das tarefas compreendidas pela atuação do membro diretivo, de maneira a exigir que as funções contratualmente assumidas sejam as efetivamente praticadas em sua rotina profissional⁹⁵. Portanto, como já se expôs, a mera designação nos documentos sociais ou no organograma da pessoa jurídica é prescindível se a função descrita não corresponder ao exercício fático concreto⁹⁶.

⁹³ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 317/318.

⁹⁴ PINTO, Felipe Martins; BRENNER, Paula. *Responsabilização de gestores pela mera posição na hierarquia corporativa: tipo objetivo e tipo subjetivo na expansão do direito penal empresarial*. In: AZEVEDO, Marcelo; MALTA, Bruno (Org.). *Direito do ambiente em perspectiva*. São Paulo: Editora D', 2020, p. 415/416.

⁹⁵ Cujá análise prática reforça a necessidade do preenchimento dos elementos normativos “*devia*” e “*podia*” agir, extraídos do art. 13, §2º, do Estatuto Repressivo, para a atribuição de eventual responsabilidade ao garantidor omitente. Não por acaso, em relação ao *Compliance Officer*, o exame sobre sua autonomia na gestão do programa de integridade e sua posição hierárquica em face do corpo diretivo é circunstância fundamental à sua própria responsabilização criminal nos casos de crimes corporativos praticados sob a égide de sua condução. Nesse sentido, perquirindo os demais elementos típicos, se “*as análises empíricas demonstrarem que o resultado típico seria o mesmo de que caso o compliance officer tivesse cumprido com seus deveres, então, haverá uma quebra do rompimento do nexos causal hipotético, razão pela qual estrará isento de responsabilidade. Por outro lado, se os critérios empíricos apontarem (com uma probabilidade próxima da certeza) que o resultado típico não teria acontecido, então, caracterizado está o nexos de causalidade, permitindo-se a imputação objetiva da omissão imprópria ao compliance officer.*” (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; CERESER, Lucas Ferreira. *Responsabilidade penal do compliance officer: um olhar à luz dos pressupostos jurídico-penais da omissão imprópria*. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 7, n. 13, jul./dez. 2022, p. 61).

⁹⁶ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 168.

O exame síncrono das duas mencionadas premissas é fundamental à individualização das responsabilidades entre os dirigentes empresariais, sobretudo nas corporações cuja complexidade da estrutura societária estabelece ampla divisão de funções no plano horizontal e delegação de tarefas no plano vertical. A identificação concreta da relação de cada agente com o controle corporativo (e a conseqüente assunção fática dos deveres de agir eventualmente advindos) constitui o parâmetro material da posição de garantidor, o que não se limita tão somente aos dirigentes da corporação – *considerados garantidores originários*⁹⁷. Isso porque a praxe corporativa em delegar funções acaba por transferir o controle sobre a fonte de perigo aos indivíduos delegados, permitindo, por conseqüência, sua responsabilização penal em razão de assumirem os deveres especiais de agir⁹⁸ – *o que pode se estender ao Compliance Officer*.

Sem embargo, sob a ótica da tipicidade – *elemento da Teoria do Delito que conduz este trabalho*, o preenchimento da posição de garantidor não pode ser pressuposto absoluto a ensejar a responsabilização penal por omissão imprópria nos delitos empresariais. Sem embargo das atuais hipóteses previstas no art. 13, §2º, do Código Penal, estabelecidas pela prevalência da teoria material-formal no ordenamento pátrio, há de se perquirir os demais elementos objetivos e subjetivos do tipo para profundo exame sobre a atribuição da responsabilidade pela prática do fato criminoso ao omitente – *especialmente ao Compliance Officer*.

Como brevemente exposto no capítulo exordial, a imputação do resultado penalmente relevante ao indivíduo se encontra no âmbito do tipo objetivo. Tradicionalmente, a corrente minimalista exige menos requisitos para a configuração dos delitivos omissivos impróprios, bastando tão somente a presença da situação de perigo para o bem jurídico tutelado; a omissão da ação devida; o resultado típico; a posição de garantidor e, por fim, a possibilidade de atuar para evitar o resultado⁹⁹. Logo, não se exige, nesta corrente, a imputação objetiva e o nexo causal para a caracterização da conduta típica na omissão imprópria.

Em assim sendo, o resultado lesivo seria indiscriminadamente imputado ao omitente, sob a alegação de estarem preenchidos todos os requisitos do tipo objetivo. Todavia, considerando a incerteza se a ação ordenada pela norma penal teria, ou não, aptidão efetiva para evitar o resultado, esta corrente se abstém de justificar concretamente o afastamento do critério

⁹⁷ PINTO; BRENNER. *Responsabilização de gestores...*, p. 416/417.

⁹⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 170.

⁹⁹ ROCHA, Ronan de Oliveira. *A relação de causalidade no Direito Penal*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. A conceituação da teoria tradicional como “minimalista” adveio de seu trabalho.

da inevitabilidade do resultado¹⁰⁰. Por essa e outras razões, várias são as críticas destinadas à teoria tradicional, cujo fundamento principal da divergência foi bem sintetizado por Jakobs:

A doutrina dominante exige, desde logo para a imputação do resultado, algo menor do que o êxito na salvação hipotética; bastará a omissão em diminuir o risco do resultado. Essa teoria deve ser rejeitada pelas mesmas razões que se opõem à imputação baseada no incremento do risco no delito comissivo. Como justificativa para a suficiência da falha em mitigar o risco, denota-se que o garantidor é obrigado a realizar a melhor conduta de salvação possível em cada caso; se essa conduta não produz um efeito seguro, ela não elimina o dever. No entanto, o conteúdo do dever, corretamente declarado, não condiciona a responsabilidade pelo resultado se o dever for violado, uma vez que, em caso de eficácia incerta, o agente é obrigado a tentar o salvamento de qualquer forma e sua responsabilidade por tentativa – somente se houver dolo – é inquestionável.¹⁰¹

Em primeiro lugar, a corrente minimalista parece embaralhar o dever de agir oriundo da posição de garantidor com a imputação do resultado. Ora, enquanto o dever de agir analisa os parâmetros *ex ante* do desvalor da ação¹⁰², a imputação, sendo devida ou não, examina *ex post* o desvalor do resultado e não se satisfaz tão somente com a configuração do dever de agir¹⁰³. Em assim sendo, há de se concluir a teoria tradicional suprir a relação de causalidade ou a imputação com a simples configuração do dever de agir exigido ao garantidor¹⁰⁴.

A adoção do modelo tradicional acarreta a aceitação de seus insuficientes critérios que não permitem definir, de modo concreto, se a conduta imposta ao garantidor evitaria ou não o resultado mesmo nas hipóteses em que seu dever de agir era certo. Justamente em face da dúvida se a conduta normativamente exigida poderia evitar o resultado, torna-se evidente a carência de requisitos complementares aos critérios estabelecidos pela doutrina minimalista.

Em contraposição à perspectiva da teoria tradicional, considerando não ser possível confundir o desvalor da ação (enquanto dever de agir) com o desvalor do resultado, não se pode considerar, também, a relação de causalidade como limitadora da posição de garantidor, mas

¹⁰⁰ ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 172/173.

¹⁰¹ JAKOBS, *Derecho penal: parte general...*, p. 962. Em tradução livre “*La doctrina dominante requiere desde luego para la imputación del resultado algo menos que el éxito de la salvación hipotética; bastará ya la omisión de disminuir un riesgo de resultado. Esta teoría ha de rechazarse por los mismos motivos que habian en contra de la imputación en virtud del incremento del riesgo en el delito de comisión. Como fundamentación de que baste la omisión de atenuar el riesgo se señala que el garante está obligado al comportamiento de salvación mejor en cada caso; si este comportamiento no surte efecto con seguridad, ello no elimina el deber. No obstante, el contenido del deber, mencionado correctamente, no condiciona la responsabilidad por el resultado si se infringe el deber; pues en caso de eficacia no segura el autor está obligado a intentar de todos modos la salvación, y su responsabilidad por tentativa —sólo si se da el dolo— es incuestionable.*”

¹⁰² GRECO, Luís. *Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal*. In: LEITE, Alaor (org.) *Reforma penal. A crítica científica à parte geral do projeto de Código penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

¹⁰³ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 105.

¹⁰⁴ ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 172.

sim como limite à própria responsabilidade do agente em detrimento da não atribuição do resultado que não decorra da conduta do sujeito ativo.¹⁰⁵

Da alegada insuficiência da teoria tradicional advém a imprescindibilidade de critérios adicionais. Em sentido contrário ao minimalismo da corrente clássica, a doutrina majoritariamente adotada acrescenta a relação de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado, bem como sua restrição por meio critérios normativos de imputação objetiva, aos preceitos tradicionais¹⁰⁶. Não obstante expanda os requisitos que fundamentam o tipo objetivo, nomear-se-á a corrente a seguir exposta de restritiva, uma vez que estabelece mais limites ao exercício do poder punitivo do Estado no âmbito dos crimes omissivos impróprios¹⁰⁷. Vejamos brevemente ambos os critérios adicionais.

Desde sua origem, a causalidade se tornou objeto de variados estudos doutrinários que buscavam o estabelecimento de suas próprias bases, considerando a ampla gama de inócuos trabalhos descolados da realidade que em nada ajudaram na resolução de problemas concretos no tocante aos delitos omissivos¹⁰⁸. A despeito disso, felizmente, a discussão teórica alcançou o embate sobre a maneira como a relação entre omissão e resultado deve ser concebida¹⁰⁹ e não mais se limitou à ultrapassada (e desnecessária) verificação se havia, ou não, relação empírica entre ambos.

De todo modo, mesmo com a evolução histórica das bases causalistas¹¹⁰, a causalidade é tema complexo e exige um complexo de pré-compreensões, todas tidas como

¹⁰⁵ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 106.

¹⁰⁶ Constatando a necessidade de estipulação de critérios adicionais, exemplo clássico de Juarez Tavares o carnavalesco que mantém em sua residência, sem os devidos cuidados, uma caixa de fogos de artifício, a qual é deflagrada, porém, por um convidado, que a coloca em local inadequado, razão pela qual os rojões passam a atingir terceiros, causando-lhes ferimentos (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 320). Arguindo a corrigir o regresso infinito nos moldes do art. 13, §1º, do Código Penal, Tavares aduz que a conduta anterior do carnavalesco é substituída pelos desdobramentos causais do comportamento do convidado, uma vez que esta última está casualmente ligada à fonte de perigo, embora não a tenha dominado desde o início ou dado causa à ação arriscada. Todavia, a concepção de Tavares se limita aos critérios tradicionais da teoria minimalista, uma vez que mistura o plano do desvalor da ação com o desvalor do resultado. O fundamento crítico da solução adotada por Tavares é bem exposto por Rocha, que afirma ser “*questionável a viabilidade de empregar a relação de causalidade para limitar a posição de garantidor, na medida em que a função dogmática do nexos causal, como visto, é limitar a responsabilidade penal ao excluir a atribuição de resultados que não decorrem da conduta do agente, o que, ao menos em princípio, não guarda relação com o dever de agir. Aliás, a própria literalidade do §1º, do art. 13 do Código Penal, invocado por Tavares, contraria a solução por ele proposta, já que o texto legal afirma expressamente que é excluída a imputação do resultado e não o dever de agir. Não bastasse isso, é duvidoso se a conduta do convidado pode ser considerada concausa superveniente que por si só produziu o resultado, sobretudo ante a afirmação de que o carnavalesco não guardou a caixa de fogos de artifício com o devido cuidado*” (ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 173/174).

¹⁰⁷ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 107.

¹⁰⁸ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 121.

¹⁰⁹ GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trd. Ronan Rocha. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 20.

¹¹⁰ O contexto histórico das diversas bases causalistas concebidas pela Dogmática Penal moderna se iniciou a partir do século XIX e o delineamento teórico visava conectar o “resultado” à pessoa. Cronologicamente, tem-se a

intersubjetivamente compartilhadas. Assim, em uma análise que extrapola o próprio objeto do Direito, o juízo de validade acerca da confirmação, ou negação, de certo nexos causal há de ser discutido referenciando-se, na verdade, sua possível obtenção no campo de discussões referentes ao mundo objetivo (pretensões de verdade e eficácia).¹¹¹

Bem detalhada em subcapítulo próprio em relação ao *Compliance Officer*, a causalidade é ainda mais nebulosa no âmbito da omissão, sobretudo considerando que, embora normativamente existente, a conduta omissiva não pode constituir uma causa sob o aspecto empírico¹¹², o que dificulta ainda mais a análise sobre sua praticidade. Embora atualmente inserida no texto legal¹¹³, por muito tempo entendeu-se a causalidade entre a omissão e o resultado típico não se materializar no aspecto físico da produção real do resultado, considerando requerer, *como categoria do ser, uma verdadeira fonte de energia que seja capaz de iniciar o desencadeamento de forças, e isto falta precisamente na omissão*¹¹⁴.

Sem embargo da pertinência da discussão sobre sua constatação real ou hipotética e as teorias que a abordam¹¹⁵ – *embate mais adiante explorado precisamente em relação ao CO*, a causalidade nos crimes omissivos não deve ter a mesma base dos crimes comissivos. Em observância aos exigidos aspectos empíricos, a chamada fórmula da causalidade funcional conjuga dois elementos em sua definição: um elemento funcional-normativo e um elemento empírico. A adoção síncrona dos ditos elementos permite a interpretação da causalidade com base nos limites impostos pelo tipo penal e na realidade empírica, promovendo uma inversão

teoria da equivalência das condições como pioneira e, a mais contemporânea, a teoria da relevância formulada por Mezger. Cf. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 35/60. No mesmo sentido, é o capítulo “*Principais teorias sobre a relação da causalidade*” em ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 66/156.

¹¹¹ CHAMON JUNIOR, *Imputação objetiva e risco...*, p. 46.

¹¹² TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 352. Em síntese, os autores que defendem a impossibilidade em se considerar a omissão como causa asseveram que o comportamento omissivo não é capaz de gerar a modificação do mundo exterior, nos termos da expressão em latim *ex nihilo nihil fit* (“do nada, nada surge”). Nas lições de Néelson Hungria, querer demonstrar que a omissão é mecanicamente causal equivale a tentativa de comprovar a “*quadratura do círculo*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol I. Tomo II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 69).

¹¹³ Adotando a teoria restritiva dos elementos configuradores do tipo objetivo, o legislador brasileiro incidiu a relação causal no art. 13, *caput*, do Estatuto Repressivo pátrio, de modo a inserir a omissão como causa “*sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

¹¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trd. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 563.

¹¹⁵ Nesse sentido, cf. ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 169/170, quem bem critica que “*conquanto o entendimento predominante na doutrina nacional e estrangeira seja o de negar a causalidade da omissão, não vemos razão de ser para essa negativa. Superada a concepção de causa como causa efficiens (força produtora de efeitos), não vislumbramos qualquer óbice óntino, lógico ou epistêmico a que se conclua pela causalidade da omissão. Convém enfatizar que o emprego de qualquer das principais (e verdadeiras) teorias sobre a causalidade (equivalência, condição conforme a lei e condição INUS) conduz à ilação de que a omissão pode ser causa de um resultado*”, entendimento com o qual concorda-se.

negativa do critério de eliminação hipotética^{116,117}, cujo conceito estabelece a exclusão hipotética da causa como condição para aferição da existência, ou não, do resultado.

Concentrando o foco da discussão para possíveis soluções concretas sobre a aplicabilidade da causalidade na omissão imprópria, em uma análise prática do elementos da fórmula causal funcional e a prevalência da teoria da *conditio sine qua non* no Código Penal brasileiro, Juarez Tavares conclui que:

Em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inoccorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério de probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico. A causalidade, portanto, deve estar vinculada, fundamentalmente, à norma mandamental. A relação entre a norma mandamental e as condições a que estava submetido o sujeito, nesse caso, tanto pode ser considerada *ex ante* quanto *ex post*. Se a situação é de tal ordem que a norma não possa dispor de uma determinação de sentido, a causalidade estará excluída por um juízo *ex ante*. Se, por outro lado, a realidade empírica indicar que a ação devida era irrelevante para o resultado, a causalidade será excluída por um juízo *ex post*.¹¹⁸

Apesar da divergência na titulação da causalidade nos crimes omissivos impróprios como “real” ou “hipotética”, fato é que a literatura brasileira que se dedicou ao tema acabou por estabelecer como premissa central a equivalência ou até a substituição da posição de garantidor à ideia de causalidade, o que fere a legalidade do art. 13 do Código Penal e expande irrestritamente a punibilidade (já amplamente alargada) da figura do garantidor. Não bastasse, a interpretação em voga acaba por suprir o nexos causal com a utilização da posição de garante como mero nexos jurídico, o que, uma vez mais, acaba por misturar o desvalor da ação (enquanto dever de agir – *nexos causal*) com o desvalor do resultado (vínculo entre o comportamento e o resultado).¹¹⁹

Com sua evolução histórica, a causalidade passou a construir a noção de “perigo”, tema tradicionalmente explorado nos Manuais em capítulos sequenciais ao nexos causal, o que denotava, desde já, a necessidade de melhor aprofundamento em seus aspectos. Visando limitar a punibilidade do agente outrora justificada tão somente em termos meramente causais, o perigo

¹¹⁶ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 353/354.

¹¹⁷ No âmbito do juízo lógico negativo, “*dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pôde supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo porque de facto ocorreu). Se o nexos entre o movimento corpóreo e o resultado é assim necessário, dizemos que o movimento corpóreo é a causa do resultado, que este é o efeito daquele, isto é aplicamos à relação do movimento corpóreo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento)*”. (LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Vol. 1. Trd. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal. (Coleção História do Direito Brasileiro). 2006, p. 201.

¹¹⁸ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 354/355.

¹¹⁹ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 122.

abstrato impedia a responsabilidade do sujeito nos casos fortuitos ou de força maior, ou seja, o dolo e a culpa (enquanto critérios subjetivos) só estariam configurados caso houvesse a criação externa de um perigo (enquanto aspecto objetivo).¹²⁰

E, previamente ao perigo, há o risco que lhe é inerente. Não basta que a conduta do sujeito se conecte causalmente ao resultado. Há, ainda, a necessidade de que o agente crie o risco ao bem jurídico tutelado, para além de exercer domínio sobre o bem através de sua própria vontade¹²¹. Logo, preenchendo o tipo objetivo, ainda que concretamente causado por uma conduta do indivíduo, o resultado só lhe será atribuído quando seu comportamento criar um risco não permitido para o objeto da ação, sendo este risco realizado no resultado concreto, o qual se encontra dentro do alcance do tipo¹²².

Duas são as incontrovérsias sobre a imputação objetiva. A primeira se relaciona com sua posição sistemática, uma vez que seu exame ocorre posteriormente ao preenchimento do nexo de causalidade. Em segundo lugar, embora várias teorias a abordem, é cediço o núcleo central da imputação objetiva se circunscrever no risco. Para Roxin, em seu clássico artigo crítico sobre o tema, é necessária a concorrência de três premissas: a criação ou aumento do risco juridicamente proibido; a realização do risco no resultado e, por fim, que o resultado se encontre dentro da esfera de tutela da norma¹²³. Nas palavras do autor, a questão fundamental

não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados. A alteração de perspectiva que aqui se leva a cabo, da causalidade para a imputação, faz com que o centro de gravidade se desloque, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa: segundo esta, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado como obra sua, depende, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos.¹²⁴

Não por outro motivo, simetricamente aos delitos comissivos, a imputação objetiva na omissão imprópria elabora critérios limitativos de causalidade¹²⁵, cuja diferença entre as modalidades delitivas residiria na criação do risco, considerando que a omissão não o cria, mas tão somente o transforma ou permite que ultrapasse determinados limites¹²⁶. Trata-se, portanto,

¹²⁰ CHAMON JUNIOR, *Imputação objetiva e risco...*, p. 48.

¹²¹ CHAMON JUNIOR, *Imputação objetiva e risco...*, p. 82.

¹²² ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 38, p. 11/31. São Paulo, 2002, p. 02.

¹²³ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trd. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 1986, p. 145-168. Lisboa: Vega, p. 149.

¹²⁴ ROXIN, *Reflexões sobre a problemática da imputação...*, p. 145/146.

¹²⁵ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 321.

¹²⁶ ANDRADE, *Crítérios de imputação...*, p. 197.

de teoria não para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre o sujeito¹²⁷, em razão da extensão potencialidade do poder estatal.

Nessa conjuntura, adeptos à doutrina restritiva dos elementos do tipo objetivo – *juntamente com outros juristas*, Claus Roxin e Günther Jakobs defendem a aplicação, por analogia, da imputação objetiva inerente aos delitos comissivos aos crimes omissivos, o que faz com que o risco permitido legitime a abstenção do agente em não evitar o comportamento que poderia ter sido praticado comissivamente¹²⁸. Com a configuração da relação jurídica que obriga o agente a agir para evitar determinado resultado, sua omissão se revela uma condição jurídica relevante no caso de solidificação daquele resultado e a ação que lhe era concretamente exigida se torna fator elementar no exame da causalidade omissiva em razão da norma jurídica que o instituiu como agente garantidor.

Sem adentrar especificamente nos elementos ínsitos às diferentes teorias adotadas como critério orientador da imputação objetiva¹²⁹, considerando a divergência na literatura brasileira e as variadas críticas a cada entendimento¹³⁰, parece justo afirmar que não basta que a inação do omitente tenha, além de causar o resultado, reduzido o risco de salvar o bem jurídico tutelado. É preciso, ademais, que o risco *i)* inicialmente permitido tenha se transformado em proibido – *ou que este último tenha se mantido no limites internos da intolerância*, *ii)* posteriormente se realize no resultado e, por fim, *iii)* esteja dentro do alcance do tipo.¹³¹

¹²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 295.

¹²⁸ Inicialmente, Jakobs asseverou que “*las instituciones de la imputación objetiva de la comisión se aplican análogamente, lo que para el riesgo permitido quiere decir lo siguiente: La situación que un autor puede llevar a cabo de modo permitido actuando tampoco tiene que evitarla. (...) En relación con el ámbito de la posición de garante en virtud de responsabilidad por organización, de aquí se deduce que una organización arriesgada de modo permitido nunca da lugar a una posición de garante de que se repliegue esta organización*” (JAKOBS, *Derecho penal: parte general...*, p. 961). Posteriormente, Roxin acrescentou que “*la realización de un riesgo no permitido, que en los delitos comisivos fundamenta junto a la causalidad a imputación, también se produce ciertamente en el delito omisivo consumado. Pero aquí el omitente encuentra previamente el riesgo ilícito en la situación típica y no lo crea él mismo*” (ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 815).

¹²⁹ Como relevante ponto divergente na doutrina sobre o grau de probabilidade de êxito da ação omitida à evitação do resultado, reside o embate acerca da teoria da diminuição dos riscos e da evitabilidade do resultado. Em breves linhas, a primeira permite a imputação do resultado lesivo ao omitente apenas se baseando na suposta eliminação ou redução das possibilidades de salvação do bem jurídico frente ao comportamento omissivo do agente, sendo prescindível a demonstração da evitação do resultado com probabilidades próximas da certeza. A segunda, por sua vez, condiciona a atribuição do resultado lesivo ao agente com base na possibilidade de evitação do resultado com base na realização hipotética da conduta exigida pelo tipo penal.

¹³⁰ As bases críticas de cada teoria residem em aspectos que variam da dogmática clássica à política-criminal. No que diz respeito à localização sistemática, a despeito de não serem raras as vezes em que são abordadas no campo da causalidade, entende-se mais adequada a incidência de seus parâmetros por ocasião da análise da imputação objetiva. A síntese crítica e os defensores de cada teoria foram bem sintetizados por Rocha, quem, inclusive, optou por adotar a teoria da diminuição do risco considerando “*ser ela razoável do ponto de vista político-criminal e contra ela não há nenhuma objeção relevante. Por outro lado, a teoria da evitabilidade é imprecisa, conduz a soluções equivocadas em casos de decisões colegiadas e deixa desprotegidos os bens jurídicos quando eles mais precisam de proteção*” (ROCHA, *A relação de causalidade...*, p.181/182).

¹³¹ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 198.

Demonstrada a causalidade e a imputação objetiva como critérios adicionais imprescindíveis ao exame do tipo objetivo na omissão imprópria, encerra-se a síntese teórica sobre os elementos configuradores da denominada corrente restritiva da tipicidade objetiva. Resta, ainda, explorar a tipicidade em seu aspecto subjetivo, o que será realizado em capítulo próprio que se destina a expor o *dolo* e a *culpa* como componentes limitadores à responsabilidade penal do *Compliance Officer*.

Assim, individualmente, cada elemento da tipicidade (em sua esfera objetiva e subjetiva) na omissão imprópria no contexto empresarial será abordado em âmbito próprio, com suas respectivas influências pontuais na análise da responsabilidade penal do *Compliance Officer* no exercício de suas funções – *objeto central deste trabalho*. Portanto, optou-se por apresentar, neste tópico, uma breve visão panorâmica das premissas dogmáticas necessárias que posteriormente serão examinadas exclusivamente em relação ao CCO, escolha metodológica que visa tão somente otimizar o desenvolvimento deste estudo.

Usufruindo o ponto de partida teórico apresentado neste capítulo, não se pode fechar os olhos, por fim, para a relevância do estudo da omissão imprópria à luz da ótica corporativa. Isso porque em virtude da liberdade plena de organização corporativa, a empresa pode se configurar como fonte direta de perigo^{132,133}. Consequentemente, assumindo deveres específicos vinculados às fontes de perigo concebidas pela atividade empresarial e limitados pela autonomia funcional que lhe é concedida, o *Compliance Officer* ostenta a posição de garantidor e se obriga a intervir para evitar a lesão aos bens juridicamente tutelados por seu programa criminal de integridade, a despeito de ter agido precedentemente, de maneira ilícita ou não, criado o risco proibido – *em consonância com a modalidade de garantia incidente*. Vale dizer, a dita intervenção do *Officer* se limita ao repasse das informações coletadas à alta direção em razão de não possuir, em regra, poder decisório sobre as medidas necessárias a serem tomadas para a prevenção do delito, o que será abordado em capítulo próprio.

Nessa senda, a análise da responsabilidade omissiva imprópria do *Compliance Officer* por crimes praticados sob a batuta do programa de cumprimento por ele implementado e gerido, contra bens jurídicos de terceiros ou da coletiva, se estabelece no âmbito do estudo da constituição de posições de garantia oriundas da criação de uma fonte de perigo ou da assunção,

¹³² PINTO; BRENNER. *Responsabilização de gestores...*, p. 415.

¹³³ Utiliza-se o termo “pode” como condicionante em razão dos casos específicos em que a empresa assume a figura de fonte direta de perigo. As estruturas societárias complexas não podem constituir automaticamente uma fonte de perigo geradora de riscos ao bem jurídico que atribua indistintamente aos seus membros a figura de garante, sob pena de responsabilizá-los objetivamente por eventuais ilícitos praticados no exercício empresarial (CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *A omissão imprópria nas estruturas empresariais*. In: Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018, p. 17).

total ou parcial, desta posição¹³⁴. O desvalor de sua omissão decorreria do não cumprimento de seu dever de agir, cuja ação esperada lhe era legalmente atribuída em razão de sua posição de garantia. Na hipótese de contratualmente assumidos, seus deveres constituem uma relação jurídica fundada de controle sobre a empresa como a fonte de perigo (dever de proteção) ou, caso a estrutura societária permita, sobre os atos corporativos de organização e delegação internos ao programa de cumprimento (dever de vigilância)¹³⁵.

Diante das considerações teóricas brevemente introduzidas sobre a omissão imprópria no contexto empresarial e os elementos do tipo – *sobretudo no que tange ao Compliance Officer enquanto garantidor*, torna-se inegável que a complexidade e a amplitude dos deveres jurídicos que lhe são atribuídos ampliam significativamente sua exposição ao poder punitivo estatal. Justamente por esse contexto, o programa de *Criminal Compliance* emerge como ferramenta técnico-jurídica fundamental para frear a repressão do Estado, na medida em que delimita concretamente os deveres de agir atribuídos a cada agente dentro da estrutura empresarial e individualiza as condutas (comissivas ou omissivas), o que ocorre especialmente após a análise da tipicidade e de seus pressupostos objetivos e subjetivos.

Logo, mais do que instrumento de integridade corporativa, o *Criminal Compliance* assume papel central como mecanismo preventivo de contenção da responsabilização penal de seus membros no âmbito da omissão imprópria, razão pela qual se passa a explorar seus aspectos próprios.

3 PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MECANISMO DE MITIGAÇÃO DE RISCOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Como adiantado, exigiu-se da nova realidade corporativa global o cumprimento efetivo das determinações legais impostas pelo Estado em sua crescente regulação da atividade empresarial. Instrumentalizando o monitoramento e o controle dos riscos ínsitos ao dito exercício das corporações, os programas de *Compliance* protagonizam um efetivo mecanismo prático de execução das normas regulatórias exigidas para a adequação das companhias ao sistema jurídico pátrio – *principalmente o penal*.

Oriundo do termo em inglês “*to comply*”¹³⁶, o *Compliance* surge e se desenvolve em um extenso processo evolutivo. Recentemente difundido em escala mundial, o programa de

¹³⁴ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 167.

¹³⁵ PINTO; BRENNER. *Responsabilização de gestores...*, p. 415.

¹³⁶ Em tradução livre, tem-se “conformidade”, “estar em conformidade”, “estar de acordo”, etc. Adequando à realidade corporativa, traduz-se livremente o termo em conformidade com regras, códigos, regulações, etc.

Compliance se traduz no mecanismo através do qual as empresas conseguem se autorregular, a partir do estabelecimento de parâmetros internos de atuação, em consonância com a legislação imposta pelo Estado, com o objetivo último de evitar a concretização de riscos nocivos ao desenvolvimento social¹³⁷. Apesar das específicas diferenças exclusivamente práticas em sua nomenclatura, roga-se licença para a utilização dos termos *Compliance*, programa de integridade e programa de cumprimento como sinônimos em diante.

A dita expansão em âmbito global do *Compliance* não se limita ao mero cumprimento normativo. Paulatinamente, vários foram os fenômenos que influenciaram a atividade empresarial a nível mundial. De maneira geral, a incorporação dos programas de conformidade inspira e é inspirada por quatro particulares pilares¹³⁸. Vejamos um a um.

O primeiro (e talvez mais significativo) fenômeno consubstancia-se na chamada autorregulação regulada. Como já exposto anteriormente neste trabalho, o retromencionado alicerce trata da relação regulatória entre as medidas implementadas pelas próprias organizações e as diretrizes normativas estatais, esta última em segundo plano e em caráter meramente condutor e não impositivo. Ou seja, é a elaboração privada de regramentos internos que buscam a autorregulamentação da pessoa jurídica à legislação do Estado.

A título de exemplo, vários são os diplomas legais que fazem alusão à autorregulação regulada, dentre os quais citam-se a Lei 12.846/13 e o Decreto que a complementa, bem como a recém instituída Lei 14.133/21. Em cada uma das normas citadas, constatam-se diversas diretrizes normativas que abordam o programa interna de cumprimento corporativo em diferentes aspectos que variam entre benefícios em sua implementação ou penalidades em sua ausência, cujo intuito certamente é incentivar (e até exigir) os entes privados a se autorregularem à legislação brasileira.

Nos termos da Lei Anticorrupção¹³⁹, institui-se normativamente a autorregulação como circunstância atenuante em eventuais penalidades administrativas que venham a ser aplicadas em desfavor da pessoa jurídica considerada responsável por atos lesivos contra a Administração Pública. Da mesma maneira, o Decreto que a complementa estabelece percentuais aplicáveis à

¹³⁷ GARCÍA CAVEIRO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores. 2014, p. 16.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 98/99.

¹³⁹ Em seu art. 7º, VIII, a Lei Anticorrupção prevê “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” como circunstância a ser considerada na aplicação de eventuais sanções à companhia responsável pelos atos lesivos.

dosimetria das penalidades, permitindo a redução da reprimenda administrativa nas hipóteses em que a sociedade empresarial dispôr de um programa efetivo de integridade¹⁴⁰.

Na mesma linha dispôs a Lei 14.133/21, diploma legal mais recente a deliberar sobre o programa corporativo de integridade¹⁴¹. Em uma abordagem mais ampla e reforçando o caráter atenuante de pena, a nova Lei de Licitações prevê a existência do *Compliance* como critério de desempate no julgamento das propostas enviadas para a contratação pública. E mais, nas hipóteses em que ainda não implementado pela empresa proponente, o programa interno de cumprimento passa a ser obrigatoriamente exigido nas grandes licitações que versarem sobre determinados segmentos que exigem maior cautela e supervisão, mesmo que indireta, do poder público.

Seja como atenuante, penalidade em si, mero mecanismo de incentivo ou critério de desempate nos certames licitatórios, certo é que autorregulação regulada é amplamente admitida no cenário corporativo, sobretudo nos casos envolvendo diretamente a Administração Pública. Encerrando a breve síntese sobre o primeiro fenômeno intrínseco à inserção do *Compliance* nas corporações, cumpre salientar o papel prático e os limites fáticos da iniciativa privada autorregulatória:

O alcance do *Compliance* é fundamentalmente limitado pelo fato de que muitos elementos dos programas de conformidade pressupõem uma firme gestão empresarial cumpridora. Por esta razão, a autorregulação regulada ou correção deve impedir as empresas de, escondendo-se atrás de programas de *Compliance*, desenvolvam possíveis álibis consistentes em *blinking and winking* (fechar os olhos e deixar passar) e que, no caso de eventual descobrimento dos delitos praticados, eles afastar a responsabilidade da empresa em prol do sacrifício de alguns trabalhadores.¹⁴²

¹⁴⁰ Nos termos do art. 56 do Decreto 11.129/22, o programa de integridade “*consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.*”. Ainda no referido diploma legal, para além de instituir diversos parâmetros na análise da efetividade do programa de *Compliance* (rol subjetivo no art. 57), tem-se a estipulação dos critérios numéricos que devem incidir em sede de dosimetria da pena que venha a ser aplicada à pessoa jurídica, nos moldes do art. 22, inciso V, que prevê a redução de “*até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.*”

¹⁴¹ Em distintos aspectos, a nova Lei de Licitações prevê a autorregulação regulada em diversos dispositivos. No âmbito da obrigatoriedade, tem-se o art. 25, §4º, que estipula que “*nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento*”. Como critério de desempate nas licitações, o art. 60, IV, exige o “*desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle*”. Por fim, assumindo ares de imposição, o art. 156, V, determina aos responsáveis pelas infrações administrativas “*a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.*”

¹⁴² Em tradução livre “*El alcance de la compliance está fundamentalmente limitado por el hecho de que muchos elementos de los programas de compliance presuponen una dirección empresarial cumplidora*96. Por esta razón,

Como segundo pilar do programa de integridade, tem-se a governança corporativa, cujo objetivo é evitar o abuso do poder por parte dos administradores da pessoa jurídica e resguardar os interesses dos sócios e acionistas. A corporativização da gestão empresarial por meio do *Compliance* visa impedir a prática de atos fraudulentos pela alta administração da companhia, mitigando eventuais prejuízos que venham a ser suportados pelos investidores¹⁴³.

Valendo-se de mecanismos internos de controle extraídos dos moldes implementados pelo programa de cumprimento, a governança corporativa deriva da harmonização das relações entre o setor público e o ente privado, de modo a delimitar e padronizar o papel de cada ator envolvido. Não por outra razão, resultado direto de sua execução é a garantia que a coordenação das interações não incumbirá exclusivamente aos instrumentos de mercado, tampouco unicamente à cadeia hierárquica de comando¹⁴⁴. Trata-se, portanto, de um fenômeno que materializa o equilíbrio organizacional.

Em apertado resumo, a interseção entre a governança corporativa e o *Compliance* visa:

(...) lutar contra o abuso de poder dentro das corporações, por parte dos administradores ou de seus controladores. Ainda que esta meta tenha cabimento em qualquer tipo de empresa, suas propostas afetam sobretudo às empresas listadas em bolsa, onde a separação entre gestão e capital é maior. A Governança Corporativa neste ponto se há plasmado em uma série de medidas cujo fim é estabelecer um sistema de controle, de *checks and balances*, que protege aos sócios (*shareholders*), mas também a todas as pessoas que se poder-se-iam ver afetadas pela atividade da sociedade (*stakeholders*).¹⁴⁵

Da mesma forma que a autorregulação regulada, a governança corporativa atualmente encontra amparo na legislação pátria. A Lei 9.613/98, reestruturada pela Lei 12.683/12, estipulou o papel do agente investidor no paradigma relacional da governança corporativa. Em seu art. 11, I, a remodelada Lei de Lavagem exige que os *stakeholders* e *shareholders*¹⁴⁶ dispensem

la autorregulación regulada o co-regulación tiene que impedir que las empresas, escudándose en programas de compliance, desarrollen programas de coartada, consistentes en blinking and winking [tapar y dejar pasar] y que, en caso de que se descubran delitos, intenten descargar a la empresa sacrificando a algunos trabajadores.” (SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: ZAPATERO, Luis, Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. (dir.) *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 100).

¹⁴³ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 108.

¹⁴⁴ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, *Compliance, direito penal...*, p. 224.

¹⁴⁵ NIETO MARTÍN, Adán. *O cumprimento normativo*. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 42.

¹⁴⁶ Considerando a prévia menção aos conceitos de *stakeholder* e *shareholder* na citação direta retrocolacionada, há de se conceituar os referidos termos estrangeiros. Em sua clássica obra “*Strategic Management: A Stakeholder Approach*”, Robert Edward Freeman foi pioneiro na diferenciação entre os conceitos, atribuindo aos *shareholders* a condição de acionistas, sendo aqueles que possuem capital investido e interesse direto no resultado financeiro da empresa. Segundo o autor, *stakeholder*, por sua vez, são os indivíduos amplamente afetados e interessados pelo exercício profissional da companhia, tais como os clientes, colaboradores, dirigentes, administradores e até mesmo os próprios investidores. O pilar central de sua obra foi a necessidade em se

especial atenção às operações que possam constituir-se em sérios indícios de crimes nela previstos ou com eles relacionados, nos moldes instrutórios expedidos pelas autoridades competentes.

Em termos práticos, a execução da governança corporativa com base nas diretrizes implementadas do *Compliance* passa reivindicar que as ações dos investidores também passem a se orientar por uma abordagem diretamente baseada no risco (ou “*risk-based approach*”¹⁴⁷), da mesma maneira em que há um efetivo controle sobre as condutas praticadas pelos dirigentes empresariais – *configurando o dito equilíbrio*. Logo, condutas que anteriormente geravam discussões sobre eventual omissão dos deveres de cuidados próprios dos atos de investimento não mais são toleradas.

O terceiro pilar inerente ao *Compliance* diz respeito à responsabilidade social da empresa. Atrelada ao equilíbrio estabelecido pela governança corporativa, a responsabilidade social corporativa se propõe a dirimir o forte conflito travado entre a incessante busca por lucro e a exigida observância às políticas públicas no exercício empresarial¹⁴⁸. Uma vez considerada socialmente responsável, a pessoa jurídica assume a adoção de políticas harmônicas aos interesses da coletividade, abstendo-se de se dedicar exclusivamente ao sucesso do negócio.

O que se pretende com a responsabilidade social é alcançar os objetivos da autorregulação regulada que fujam do acurado cumprimento da legislação pátria, uma vez que há a materialização de uma atuação empresarial pautada em respeito e observância aos interesses da sociedade, mesmo que normativamente impostos pelo Estado.

A despeito de alguns críticos afirmarem, em um viés unicamente econômico-capitalista, que a responsabilidade social da empresarial deveria se limitar ao progressivo aumento do lucro aos acionistas e investidores¹⁴⁹, há décadas tornou-se necessário (por vezes até obrigatório) a adoção de medidas sociais que se comprometam com os anseios da sociedade, principalmente

equilibrar os interesses de ambos os grupos, garantindo a sustentabilidade do negócio e o sucesso empresarial. Logo, todo *shareholder* é um *stakeholder*, mas não necessariamente o contrário.

¹⁴⁷ Trata-se da implementação de procedimentos periódicos que visam avaliar a possível existência de riscos aos quais a pessoa jurídica possa estar exposta. De acordo com o resultado da avaliação (seja positivo ou negativo), há uma adequação do programa de *Compliance* aos riscos eventualmente descobertos. O mapeamento da vulnerabilidade dos maiores riscos porventura localizados permite sua própria mitigação por meio da efetivação de medidas preventivas elaboradas pelo programa de cumprimento.

¹⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Política Criminal. [S.l.], n. 5, p. A3-A5, 2008.

¹⁴⁹ Milton Friedman quebrou o teórico paradigma que adequava a responsabilidade social das empresas aos preceitos éticos e sociais oriundos dos interesses difusos da sociedade, sobretudo no aspecto ambiental. Em sua visão capitalista, Friedman afirmava que a imposição de responsabilidades sociais que fujam do objetivo corporativo (lucro) viola a liberdade econômica e desvirtua o papel da empresa, cujo foco principal deve ser a geração de lucro. (FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. The New York Times Magazine, New York, 13 set. 1970).

no âmbito ambiental. E é justamente por intermédio da assunção dos compromissos com o coletivo que os programas de cumprimento estabelecem parâmetros normativos internos que estejam de acordo com o desenvolvimento sustentável e as pretensões ambientais da coletividade.

Por fim, como quarto e último fenômeno intrinsecamente conectado aos programas de integridade, há a ética. Umbilicalmente intrínseca aos demais preceitos, a ética no âmbito empresarial consubstancia-se na atuação da pessoa jurídica a partir de princípios morais que conduzem o exercício da atividade institucional.

Preliminarmente ao exame individual, é necessário estipular o conjunto de valores éticos da sociedade como um todo, considerando ser este arcabouço que norteia a cultura corporativa. Não por outro motivo, ainda que os membros da empresa possuam, a nível individual, seus próprios princípios éticos, incumbe aos padrões coletivos do escopo empresarial o direcionamento das funções exercidas para os fins pretendidos¹⁵⁰. Essa inversão na materialização da ética no âmbito da pessoa jurídica para o membro da empresa pode ocorrer de várias formas por meio do *Compliance*, mas, especialmente, pela criação de códigos de ética e manuais de conduta.

Os fenômenos próprios do *Compliance* são bem sintetizados pelo professor Adán Nieto Martín. Para além de ponderar sobre a figura do *Compliance Officer*, o autor expõe a interseção entre os pilares do programa de cumprimento na mitigação prática dos riscos, bem como a comunicação entre as distintas áreas do Direito:

Estas normativas impõem às empresas a obrigação de adotar controles internos para evitar certas violações regulatórias. Embora de áreas legislativas muito díspares, todas essas regras, vindas da chamada “autorregulação regulada”, impõe às empresas: nomear um responsável pela gestão de riscos, estabelecer um sistema de documentação, análise de riscos, estabelecimento de padrões de conduta, etc. (...) Uma das contribuições mais importantes do códigos éticos da última geração é que eles deixam de ser declarações programáticas e possuem caráter obrigatório para os funcionários, o que se traduz na imposição de sanções disciplinares quando violado o código de ética. A vigência das normas anticorrupção e de proteção de concorrência ou de lavagem de capitais não é apenas garantido através do Direito Penal, mas através de sanções que podem até ser mais temidas do que as penalidades, como a perda do trabalho. Como se pode observar, a ética empresarial gerou outro corpo normativo dentro da empresa que integra ou envolve todo o sistema de *Compliance*. Promover uma cultura de legalidade na empresa é imprescindível para que os sistemas de conformidade funcionem.¹⁵¹

¹⁵⁰ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 110/111.

¹⁵¹ Em tradução livre “*Estas normativas imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas. Aunque de ámbitos legislativos muy dispares, todas estas normas, procedentes de lo que se ha dado en llamar «autorregulación regulada», imponen a las empresas: nombrar un responsable para la administración del riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgos, establecer normas de conducta, etc. Como puede apreciarse, el derecho administrativo, que es el origen*

Delimitados os preceitos prático-teóricos que com ele se relacionam, o conceito fundamental do programa de *Compliance* se torna mais cristalino. Com base no cumprimento normativo convencionado pela autorregulação regulada e seus fenômenos intrínsecos, a pessoa jurídica garante que seus membros, dirigentes e terceiros envolvidos se ajustem aos diversos ordenamentos normativos, cuja origem advém do Estado – *normativas penais, administrativas, societárias, etc*, ou da própria empresa – *códigos de ética, políticas internas, regulamentos de conduta, etc*.¹⁵²

Por meio do *Compliance*, a empresa concretiza sua pretensão do direito pela busca de mecanismos variados que assegurem o efetivo cumprimento da norma jurídica (interna ou externa). Contudo, a concretização da pretensão há de se alcançar tão somente por intermédio da institucionalização de uma cultura interna e da dedicação do corpo colaborativo às diretrizes normativas pretendidas, dentre as quais se incluem eventuais investigações e consequentes penalidades pela prática de atos contrários. Como resultado direto da institucionalização, outorga-se ao ente empresarial o título de “cidadão corporativo”, este independente do ente estatal, mas leal aos seus próprios mandamentos jurídicos¹⁵³.

Por trás do *Compliance*, o que se encontra é a reivindicação sistemática de se adaptar às mais variadas regras que garantam que a observância da legislação vigente não ocorra por mero acaso, por excepcional compromisso individual ou interesses parciais de determinado grupo, mas através de uma arquitetura de conformidade globalmente vinculada às atividades empresariais¹⁵⁴. Os interlocutores decisivos na interação com eventuais normas impostas pelo Estado (por meio da intervenção indireta própria da autorregulação regulada) são os próprios

de procedencia de estas regulaciones, aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento. (...) Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen carácter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código ético. La vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia o blanqueo de capitales no solo se garantiza a través del derecho penal, sino a través de sanciones que pueden ser incluso más temidas en ocasiones que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo. Como puede apreciarse, la ética empresarial ha generado otro cuerpo normativo dentro de la empresa que integra o envuelve a todo el sistema de compliance. Fomentar una cultura de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen.” (NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 04/05).

¹⁵² ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 103.

¹⁵³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Corporate criminal liability and compliance programs in the EU and in the US: new trends in criminal policy*. [S.l.], p. 41/61. 2020, p. 48.

¹⁵⁴ COCA VILA, Ivó. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). In: *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativa*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55.

membros das empresas. Sobre estas, o Estado exerce sua influência por meio de incentivos e sanções para que as corporações se comportem da maneira desejada.¹⁵⁵

Portanto, a ineficiente prevenção e mitigação de riscos por meio de uma frágil gestão do programa de cumprimento culmina em irrestritas condutas contrárias à legislação eventualmente praticadas no âmbito da atividade empresarial, as quais possuem tipificações jurídicas diversas. Por consequência lógica, a modalidade de sanção a ser aplicada à pessoa física ou à empresa também varia em detrimento do ilícito que fora cometido. Exemplos são os diplomas legais anteriormente mencionados neste capítulo que fixam sanções administrativas, cíveis ou criminais para o agente envolvido (seja ele físico ou jurídico), a depender da natureza do ato antijurídico cuja prática provocou a fixação da respectiva penalidade.

Reforça-se, neste ponto, a preocupante ampliação exponencial do poder sancionatório como consequência direta do já mencionado fenômeno expansionista da tutela penal. Embora componentes de um único sistema punitivo do Estado, deve-se estabelecer precisamente quais comportamentos são sancionados criminalmente e quais, ao contrário, são considerados de menor importância e merecedores apenas de sanções administrativas¹⁵⁶. Certamente, para além da restrita hipótese de responsabilização da pessoa jurídica no sistema jurídico-penal pátrio, o princípio da *ultima ratio* é fator fundamental na separação entre o alcance do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

Sem embargo da atual discussão sobre a natureza do ilícito e a respectiva seara do Direito competente para intervir em consequência à violação do bem jurídico por ela tutelado¹⁵⁷, não se pode ignorar que os programas de *Compliance* estão originalmente associados à observância de normas administrativas. Contudo, como mencionado no âmbito introdutório deste trabalho, em detrimento da evolução tecnológica e da globalização das relações sociais, as condutas antijurídicas (sobretudo empresariais) que outrora configuravam meras irregularidades administrativas se deslocaram para o campo das infrações penais.

A nova realidade moderna exigiu uma readequação das tradicionais premissas do Direito Penal, historicamente amparado em uma lógica repressiva e majoritariamente direcionado ao

¹⁵⁵ KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 51/76, 2013, p. 68/69.

¹⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 54.

¹⁵⁷ A divergência na literatura é ampla. Todavia, de autores que reconhecem a separação nuclear entre o ilícito penal e o ilícito administrativo (como ponderado por Fábio Medina Osório em sua obra "*Direito administrativo sancionador*") aos que defendam uma unidade de base principiológica universal (como o próprio Enrique Bacigalupo), há de se estipular um mecanismo eficaz que coíba o ato antijurídico e atenda aos anseios sociais pela estipulação de políticas que efetivamente implementem diretrizes preventivas sob a perspectiva de princípios fundamentais e garantias individuais, a despeito da gravidade das sanções eventualmente fixadas.

combate de delitos violentos ou patrimoniais. O dinamismo da estrutura empresarial e o refinamento dos atos antijurídicos oriundos da disseminação do capitalismo na atividade econômica evidenciam a insuficiência da tutela criminal clássica na contato com os desafios contemporâneos da criminalidade corporativa, sobretudo sob a enorme pressão advinda dos anseios sociais¹⁵⁸.

Nessa conjuntura, emerge, portanto, o departamento interno no programa de cumprimento especializado na prevenção de crimes. Assumindo uma expressão de novo paradigma, o *Criminal Compliance* obriga o Direito Penal outrora orientado às punições *ex post facto* a se adequar à nova realidade: a prevenção *ex ante* de riscos penais no ambiente empresarial. A abrupta mudança na perspectiva se alinha aos preceitos basilares do Direito Penal Econômico, cujo foco recai sobre a repressão qualificada de delitos que afetam bens jurídicos difusos e sistêmicos, tais como a ordem econômica, a fé e a administração públicas¹⁵⁹.

4 DIREITO PENAL ECONÔMICO E O *CRIMINAL COMPLIANCE*

Em termos práticos, o *Criminal Compliance* não só expande o campo operacional dos programas de cumprimento, mas sobretudo modifica a operacionalização da própria função do Direito Penal no âmbito da criminalidade corporativa para a esfera preventiva, sobrepondo mecanismos internos de controle, integridade e autorregulação hábeis a antecipar e impedir eventuais condutas potencialmente ilícitas sob a perspectiva penal. Em outras palavras, a natureza prática dos programas de cumprimento se diferencia da “clássica” tutela penal, cuja incidência repressiva está limitada aos ilícitos penais já praticados. Não só isso, antecipando-se frente aos possíveis atos delitivos, o *Compliance* assume um papel preventivo no âmbito corporativo e se diferencia dos tradicionais paradigmas do Direito Penal, uma vez que se coloca como resposta preexistente à delinquência transnacional concebida pela globalização da criminalidade econômica.

A despeito de suas evidentes particularidades práticas já mencionadas, não se pode ignorar que as essências do *Compliance* (enquanto gênero) e do *Criminal Compliance* (enquanto espécie) estão, de igual modo, intrinsecamente conectadas ao novo paradigma imposto pela recente criminalidade corporativa:

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006; SILVA SÁNCHEZ, A *expansão do direito penal...*, p. 79/80.

¹⁵⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 156.

O *Compliance* corporativo está em um caminho cada vez mais criminalizado. Isso significa que as corporações agora abordam o *Compliance* principalmente por meio do Direito Penal, utilizando os preceitos da legislação penal, sua execução e seu julgamento para promover seus objetivos de conformidade. Como isso aconteceu é instrutivo. Após décadas de autorregulamentação anteriores aos anos 60, o objetivo do *Compliance* na maioria das corporações evoluiu de acordo com um ciclo previsível: um escândalo corporativo ocorre, seguido por protestos públicos, que são seguidos por investigações e perseguições criminais e, então, surge uma resposta legislativa abrangente, tudo culminando em maiores esforços de *Compliance* em nível empresarial. Esse ciclo, que se repetiu em cada uma das últimas cinco décadas, resultou em regimes de conformidade focados em limitar investigações e processos criminais e quase criminais contra as empresas.¹⁶⁰

Não por outro raciocínio, o risco ínsito ao programa de cumprimento em seu sentido mais amplo é plenamente relevante em seu específico caráter criminal. A violação das normas é consequência da falha na evitação de infrações e dá causa às intervenções dos órgãos de persecução penal, caso seja identificado eventual déficit na condução da atividade empresarial por violação direto do dever de cuidado¹⁶¹ – *circunstância dogmática mais adiante explorada*.

A gestão do programa de cumprimento no âmbito das normas impostas pelo Direito Penal visa atender dois objetivos fundamentais. Em primeiro lugar, atendendo o papel preventivo elementar de seu gênero, o *Criminal Compliance* previne a prática de crimes no desenvolvimento da atividade empresarial, mitigando os próprios riscos do exercício corporativo. Em segundo e consequente plano, o programa permite que a sociedade ofereça uma resposta adequada aos problemas identificados por intermédio de seus mecanismos de controle, possibilitando sejam os órgãos estatais comunicados sobre a prática de eventual delito. Por meio de ambos os objetivos, o *Criminal Compliance* atende à sua função de confirmação do Direito¹⁶².

Inevitavelmente, o objetivo do *Criminal Compliance* é evitar a responsabilidade penal. Todavia, não se pode limitar a evitação da dita responsabilidade tão somente ao alto escalão corporativo e seus dirigentes, mas principalmente aos demais colaboradores da empresa,

¹⁶⁰ Em tradução livre “*Corporate compliance is on an increasingly criminalized path. What that means is that corporations now approach compliance primarily through a criminal law lens, using the precepts of criminal legislation, enforcement, and adjudication to advance their compliance goals. How this has happened is instructive. After decades of self-regulation prior to the 1960s, the compliance function in most corporations has evolved pursuant to a predictable cycle—a corporate scandal occurs, it is followed by public outcry, which is followed by criminal investigation and prosecution, then comes a sweeping legislative response, all culminating in increased company-level compliance efforts. This cycle, which has repeated itself in each of the last five decades, has resulted in compliance regimes myopically focused on limiting criminal and quasi-criminal investigations and prosecutions of companies.*” (HAUGH, Todd. *Cadillac compliance breakdown*. In: Stanford Law Review Online, Stanford, v. 69, p. 198/208, 2017, p. 199/200).

¹⁶¹ SAAD-DINIZ, *A criminalidade empresarial...*, p. 115.

¹⁶² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). In: Estudos de Compliance Criminal [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 110.

justamente para que a dita prevenção não se torne mera transferência de responsabilidade para os indivíduos hierarquicamente inferiores. Não por outra razão, o programa de cumprimento para fins penais deve ser direcionado de maneira absolutamente homogênea ao quadro integral de membros da corporação.

A despeito da aplicação equitativa a todos os indivíduos que fazem parte da estrutura societária, um dos principais elementos que evidenciam a (in)eficácia do *Criminal Compliance* é o comprometimento da alta direção para com a implementação e posterior execução das normas penais de integridade. O papel dos membros do corpo administrativo ganha especial sobrevalor quando lhes incumbe apresentar (e determinar) as diretrizes normativas que serão implantadas na atividade da empresa, razão pela qual o apoio diretivo se torna fundamental principalmente em face de seu caráter exemplar.

Contudo, considerando sua natureza econômica, o *Criminal Compliance* pode se tornar um encargo oneroso para a sociedade empresarial, cuja obtenção do lucro é o elemento central para sua própria constituição. Seria inocência afirmar serem raras as vezes em que a alta direção opta por assumir os riscos de possíveis consequências jurídico-penais em detrimento do custo que é exigido para implementar e gerir o programa, considerando que, em sua grande maioria, a decisão a ser tomada se limita tão somente aos dispêndios financeiros da medida e não ao seu efetivo papel na prevenção de crimes empresariais e na evitação de responsabilidades individuais.

Por essa razão, para além do efetivo comprometimento que lhes é demandado, parece racional afirmar que o corpo diretivo não deve se abster de implementar o programa de cumprimento tão somente em razão de circunstâncias financeiras, notadamente por se tratar de instrumento destinado a evitar a responsabilização penal de seus próprios membros (o que inclui a alta gestão). Por óbvio, considerando o lucro ser o objetivo principal da atividade empresarial, a persecução penal de delitos eventualmente praticados em seu exercício certamente acarretará prejuízos mercadológicos de forma a afetar o faturamento da corporação, o que demonstra a relevância na implementação do programa criminal.

Todavia, embora não recomendada, a escolha da alta administração pela opção mais econômica pode se refletir em graves prejuízos individuais para seu próprio corpo diretivo – *sujeito passivo majoritariamente visado pelos órgãos persecutórios*. É cediço os administradores possuírem o dever jurídico de garantir a observância das normas legais no âmbito empresarial, sendo sua omissão na adoção de mecanismos eficazes de prevenção de

ilícitos passível de configuração de culpa, apesar de a dita atribuição de responsabilidade pela mera ausência ou ineficácia do programa não encontrar expressa previsão legal¹⁶³.

Não bastasse, em que pese absolutamente vedada no ordenamento pátrio, não se pode ignorar que os Tribunais Superiores vêm ampla e indevidamente admitindo a responsabilidade penal objetiva dos dirigentes tão somente em razão do cargo que ocupam e de suas (in)ações no exercício do poder. Em uma sociedade que decide pelo lucro absoluto em face dos possíveis riscos jurídico-penais oriundos da inexistência do *Criminal Compliance*, a incompatível presunção de culpa se torna um campo fértil para a condenação criminal dos dirigentes. Considerando a restrita análise deste trabalho, há de se adiantar, neste ponto, a retomada presunção objetiva ínsita à posição profissional se estender ao *Compliance Officer*, também na absoluta contramão do tradicional dogma *nullum crimen sine culpa*.

Mas os reflexões práticos (positivos ou negativos) acerca da deliberação diretiva sobre o mecanismo do *Criminal Compliance* não se restringem apenas ao custo de sua implementação. Como adiantado no parágrafo anterior, o programa criminal de cumprimento influencia diretamente na análise sobre a responsabilidade penal dos indivíduos, sobretudo nas hipóteses em que há um estado deliberado de não conformidade (*non compliance*). Por essa razão, a criminalidade intraempresarial em uma sociedade jurídica complexa apresenta uma dificuldade inerente de verificação correta de autoria, sobretudo em razão da notória diferença prática entre a divisão funcional do trabalho (plano horizontal) e a hierarquia (plano vertical)¹⁶⁴.

Considerando a complexidade estrutural da companhia e suas nuances organizacionais interferirem no descobrimento do próprio fato típico e dos indivíduos que o praticaram, a implementação do *Criminal Compliance* se mostra ainda mais fundamental na individualização das responsabilidades. A maneira como a informação é difundida em detrimento da divisão hierárquica (em ambas as perspectivas horizontal e vertical) é circunstância que, por si só, atravança a apuração delitiva pelos órgãos de persecução penal. A problemática se agrava quando o suposto conhecimento do agente acerca das circunstâncias ilícitas que eventualmente o rodeiam é ampla e universalmente disseminado pelos diversos canais informacionais fragmentados na companhia.

O fluxo de informações e de ordens podem possuir diferentes metodologias práticas na companhia. A título de exemplo, a chamada política *top down* (de cima pra baixo) se consubstancia na concentração da tomada de decisões aos altos cargos da empresa,

¹⁶³ GOMES, Abel Fernandes. *Responsabilidade penal pela omissão de compliance*. In: O Direito em Perspectiva. MELLO, Kleyson de Moraes et al. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 10.

¹⁶⁴ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, *Compliance, direito penal...*, p. 98/99.

monopolizando o poder no topo da cadeia hierárquica da sociedade. De maneira oposta, o modelo de gestão *bottom-up* (de baixo pra cima) permite a participação igualitária de todas as camadas da pessoa jurídica, em uma relação orgânica na implementação de políticas baseada no nível real de sua execução^{165,166}.

Nessa conjuntura, companhias que adotam a política *bottom-up* tendem a prevenir riscos oriundos das zonas vulneráveis não alcançadas, em termos práticos, pela monopolização do poder pela alta direção. Não por outra razão, no sistema jurídico-penal brasileiro, há um exponencial crescimento das responsabilizações dos dirigentes meramente em função de sua cadeira na sociedade empresarial. Basta ver que grande maioria das matérias veiculadas nos canais de mídia atribuem nominalmente à pessoa jurídica a prática do delito, muito embora sua responsabilidade penal seja efetivamente restrita aos crimes ambientais no ordenamento pátrio.

Para além de assumir contornos absolutos de objetividade na análise da culpa e dar margem aos riscos que facilmente seriam percebidos pela homogeneidade na tomada de decisões, a política *top down* ignora a complexa divisão de tarefas estabelecida na estrutura societária, reduzindo-a imputação automática do fato típico ao corpo diretivo. Ao contrário, em respeito à culpabilidade, a gestão *bottom-up* permite a individualização de cada conduta potencialmente delitativa com base nas funções e nos deveres de cada membro da empresa, analisando cada eventual participação no resultado criminoso – *exame personalíssimo facilmente constatado também pela execução das medidas do Criminal Compliance*.

Em brilhante síntese, eis a diferença entre a influência de cada modelo de gestão na individualização da responsabilidade penal:

A divisão de trabalho, de funções e a atribuição de responsabilidades em contexto de vários intervenientes podem ter impacto no método tradicional de examinar a responsabilidade individual. Segundo esse método, parte-se sempre do interveniente mais próximo do fato: o autor direto da ofensa. Isso se explica porque é a partir dele que se segue na cadeia causal investigando a eventual contribuição de outras pessoas no mesmo nível de hierarquia e em níveis superiores. (...) Este método de abordagem obedeceria a uma lógica *bottom-up*, já que, em caso de pluralidades de intervenientes em estruturas hierárquicas, propõe que se parta sempre da pessoa mais próxima à causa direta do resultado para, então, ascender percorrendo os diversos extratos da hierarquia, ou seja, de “baixo pra cima”.

(...)

Em contraste com tal método, a abordagem referida à organização partiria da organização pessoas como tal, ou seja, da empresa. A partir dela e em virtude do chamado princípio da responsabilidade e competência gerais dos membros da

¹⁶⁵ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

¹⁶⁶ Inclusive, no âmbito corporativo, a individualização de responsabilidades penais dos membros da empresa sob a ótica das teorias do domínio ou controle sobre o fundamento do resultado e das competências organizativas e institucionais partem de uma premissa *top down*, ao passo que os delitos de dever dos indivíduos da pessoa jurídica parte de uma política *bottom-up* (DUARTE, *A responsabilidade penal dos gestores...*, p. 106).

administração, derivar-se-ia uma responsabilidade primária e original destes últimos. A essa ampla competência, corresponderia, como seu contraponto, um dever igualmente amplo de organização, que surgiria de forma autônoma, ao lado da responsabilidade dos agentes mais próximos do fato, com o que uma responsabilidade de organização dos administradores seria a regra e não a exceção. Tratar-se-ia de uma mudança de paradigma, cuja consequência seria a inversão da imputação dos deveres de garantidor primário e secundário, na ordem oposta à originalmente sustentada, ou seja, *top down*.¹⁶⁷ (grifo próprio).

Retomando a discussão acerca do necessário comprometimento da alta direção com as normas do *Criminal Compliance*, é certo que o fomento de uma cultura empresarial de observância à legalidade deve se estender do mais alto ao mais baixo cargo, a despeito do método de gestão adotado¹⁶⁸. Nesse sentido, embora não tão adequada para a correta individualização de condutas potencialmente lícitas, a implementação das etapas basilares do programa penal de cumprimento por meio da política *top down* representa a participação dos diretores na formação ética dos subordinados, permitindo a sanção dos gestores no descobrimento de falhas de sua responsabilidade dentro dos limites da culpabilidade¹⁶⁹, o que se estende ao *Compliance Officer* no exercício de suas funções.

Neste ponto, abra-se breve parênteses para destacar a dupla natureza do *Criminal Compliance* como mecanismo que facilita e, simultaneamente, dificulta a individualização das responsabilidades dos agentes que porventura colaboraram com a prática de delitos no seio da atividade empresarial. Por um lado, em razão da assunção de tarefas meramente contratuais e da delegação sucessiva de funções, o programa pode acabar ocultando atribuições reais efetivamente praticadas (mas não contratualmente registradas) que conduzem ao resultado típico apurado. Do outro lado da dicotomia apontada, por meio de seus variados procedimentos internos, o *Criminal Compliance* também facilita o trabalho dos órgãos persecutórios, razão pela qual o estabelecimento de canais de comunicação ou de denúncia, por exemplo, visa compensar parcialmente os limites naturais do amplo fluxo de informações dentro das companhias.¹⁷⁰

Inexistindo o *Criminal Compliance* – seja por mera desídia do corpo diretivo, seja por ausência concreta de recursos suficientes para tanto, certo é que a complexa estruturação

¹⁶⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 52/53.

¹⁶⁸ E mais, como a administração corporativa geralmente pode ser distribuída por meio de uma organização efetiva e, em particular, por delegação de funções, a responsabilidade criminal não é totalmente “dissolvida” dentro da corporação, mas em certo sentido é transferida para os funcionários subordinados que recebem as funções delegadas. Logo, um conceito bem aplicado de conformidade que vise a completa prevenção de ilícitos penais deve, portanto, levar em consideração a empresa como um todo e não apenas a alta direção (ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, 2012, p. 07).

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, *Compliance...*, p. 111.

¹⁷⁰ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 168/169.

corporativa se torna muito mais suscetível às incessantes ofensivas do fervoroso aparelho estatal, sem que haja qualquer limite naturalmente imposto pelas necessárias garantias individuais ínsitas ao Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, percebe-se a criminalidade corporativa ainda não encontrar completo amparo nos tradicionais delitos cuja tipificação descreve condutas positivas no próprio texto legal. Não só isso, no contemporâneo contexto das ações omissivas no âmbito empresarial, os já dirimidos planos horizontal (divisão de tarefas) e vertical (hierarquia e delegação de funções) induzem a atribuição de responsabilidade àqueles que sequer possuíam conhecimento das circunstâncias ilícitas de seus atos.

Comumente, a decisão pela prática do ilícito penal advém da alta administração, razão pela qual o executor direto do injusto não se encontra no centro decisório do acontecer delitivo, uma vez que ele é mero ocupante de cargos executórios caracterizados pelo déficit informacional do plano global da sociedade empresarial, atuando diretamente mediante procedimentos preestabelecidos e automatizados¹⁷¹. Assim, para além de desconhecer que sua conduta se engloba em um contexto macro estrategicamente elaborado para fins delitivos, o executor do fato sequer detém os elementos informativos necessários ou o poder decisório para evitar ou não participar do acontecer típico. Logo, em sua grande maioria, na criminalidade empresarial, o protagonista da ação típica se difere da figura central que decidiu pelo início de sua execução.

Como se adiantou, o Direito Penal Econômico, em suma, sofre de uma perigosa tendência crítica a um Direito Penal dilatado, seja porque é pura e negativamente simbólico, seja porque inunda áreas próprias do Direito Administrativo Sancionador¹⁷². A indiscriminada busca pela (muitas vezes) irrazoável punição de gestores corporativos legitima a flexibilização de preceitos constitucionais e garantias processuais sem a necessária delimitação de sua eventual contribuição para o injusto praticado no âmbito empresarial. Sob o pretexto de coibir condutas ilícitas que podem causar graves danos socioeconômicos, normalizou-se a violação à natureza de *ultima ratio* do sistema jurídico-penal e o uso abusivo do aparato penal, gerando um ambiente de insegurança jurídica que seguramente compromete a atividade corporativa.

No capítulo subsequente, introduzir-se-á concisas premissas que contextualizam a responsabilização penal dos administradores empresariais, inserida em um cenário

¹⁷¹ BRODT, Luis Augusto Sanzo; OLIVEIRA, José Ourismar Barros de. *Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento de suas ordens*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. v. 32, n. 1, p. 105-136. 2016, p. 106.

¹⁷² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p. 03/20.

contemporâneo caracterizado pela crescente tendência à imposição de sanções penais às custas de princípios garantistas. Considerando a conformidade entre os elementos típicos (objetivos e subjetivos) basilares exigíveis para a imputação de crimes corporativos, posteriormente analisar-se-á os limites à responsabilidade penal do Compliance Officer, figura que emerge como “pivô” na prevenção de crimes econômicos e que, por sua posição estratégica na gestão dos programas de cumprimento para fins penais, não raras as vezes também é objetivamente responsabilizado por delitos praticados na atividade empresarial – *configurando um novo desafio para a dogmática penal, para além do objeto deste trabalho.*

4.1 Breves apontamentos sobre a responsabilidade penal dos dirigentes

Anteriormente ao recente fenômeno da expansão penal, a regra é a condição hierárquica do mandante do delito o imiscuir de sua responsabilização criminal. Não por outro motivo, percebeu-se a necessidade em se refinar os institutos da Teoria do Crime a fim de impedir que o Direito Penal se mantenha como mecanismo adepto à impunidade dos indivíduos mais poderosos, justamente em razão de sua tradicional natureza dissimulatória assumir ares de seletividade criminal que estabelece os critérios punitivos com base em aspectos socioculturais e raciais¹⁷³. Vale brevemente dizer, em seu clássico objeto, tratava-se da mais pura função repressiva do delito em favorecimento dos interesses daqueles que detêm o poder¹⁷⁴.

Não por outro motivo, como já adiantado, o fenômeno expansionista do Direito Penal na esfera da modalidade omissiva vem se destacando como tipo de crime que assumirá o paradigma futuro da Teoria do Delito¹⁷⁵. Em seu âmbito econômico, a força repressiva estatal instrumentalizada pelo Direito Penal redirecionou-se da tutela repressora à atual prevenção de riscos abarcados pela realidade corporativa¹⁷⁶.

Todavia, como adiantado, a inflação legislativa e a crescente tendência expansionista do sistema jurídico-criminal pátrio alteraram o tradicional objeto das Ciências Penais, cujo foco central passou a se dedicar aos novos sujeitos ativos dos delitos econômicos – *temática*

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. In: Revista Discursos Sediciosos. Trd. Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, 2004, p. 13.

¹⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*. In: Fascículos de Ciências Penais: tutela penal dos direitos humanos. Trd. Ana Lucia Sabadelli. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993, p. 49/50.

¹⁷⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal?* In: La Insostenible Situación del Derecho Penal. Granada: Universidad Pompeu Fabra, 2000. p. 502; na mesma linha SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LINHARES, Fernando. La teoría del delito en la práctica penal económica. Madrid: La Ley, 2013, p. 07/10.

¹⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal: Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 44/45.

convergente com este estudo. Em resposta aos famintos anseios sociais, a excitação estatal na responsabilização dos mais poderosos vem permitindo a prolação de decisões judiciais absolutamente antagônicas à dogmática penal e aos preceitos constitucionais regentes das garantias individuais. Possivelmente na tentativa de contornar dificuldades técnicas e processuais por meio de arremedos jurídicos sem substância científica, as condenações criminais eivam-se de signos linguístico-retóricos e de “teorias alienígenas” (como mais adiante se verá) que visam tão somente atender o clamor público nos casos de repercussão midiática¹⁷⁷.

Especificamente na criminalidade empresarial, suspeita-se o Estado focar na imposição de culpa direta aos administradores das companhias, sem efetivamente empenhar esforços para analisar de forma criteriosa os elementos que apontam para a concreta autoria do delito – *seria a utilização do Direito Penal uma medida pedagógica a fim de evitar futuros novos crimes corporativos?* Para além da notória lacuna legislativa sobre o tema, certo é que a delimitação da autoria no âmbito corporativo enfrenta diversas barreiras práticas na persecução do delito, dentre as quais destaca-se a pluralidade de sujeitos e os consequentes graus de informação e de poder que lhes são conferidos na estruturação da empresa.

Sem embargo da omissão legislativa e da consequente discussão doutrinária sobre o tema¹⁷⁸, a responsabilidade penal de delitos praticados no exercício empresarial tende a, indevida e automaticamente, recair sobre os seus dirigentes, considerando sua autoridade e a relevante posição que assumem. E mais, nos crimes corporativos, a força estatal pressupõe não só a responsabilidade penal objetiva, mas sobretudo (e ainda mais grave) a responsabilidade penal por fato praticado por outro, em mera invocação do cargo de gestão sem que, contudo, se demonstre a correspondente descrição de seu determinado comportamento típico que pudesse lhe vincular ao ato criminoso por vezes praticado por seus subordinados.

Não bastasse, a criatividade acusatória ainda vai além. Como adiantado acima e mais adiante explorado, vários são os subterfúgios teórico-processuais utilizados. A título ilustrativo, sob o fundamento da (in)adequada utilização da teoria do domínio do fato em julgamentos paradigmáticos¹⁷⁹, o Ministério Público tenta se desincumbir do ônus processual de demonstrar

¹⁷⁷ BRODT; OLIVEIRA, *Da responsabilidade penal...*, p. 107.

¹⁷⁸ A moderna discussão doutrinária compreende autores em polos manifestamente contrários. Nas extremidades da divergência, tem-se desde os juristas que abominam a administrativização do Direito Penal como mecanismo sancionatório até os defensores da irrestrita expansão da tutela penal, o que incluiria a responsabilização criminal também das pessoas jurídicas. Neste trabalho, adota-se a linha mais restritiva.

¹⁷⁹ Inicialmente elaborada por Hans Welzel em 1939, a teoria do domínio do fato foi posteriormente aprimorada por Claus Roxin em 1963. Em brevíssima síntese, a teoria clássica do domínio do fato é uma importante construção do Direito Penal que visa identificar o autor do crime a partir do controle decisivo sobre a execução do fato criminoso. Segundo Roxin, o autor não é necessariamente quem pratica diretamente a conduta típica, mas aquele que exerce o domínio sobre o fato, seja por meio da execução pessoal, do controle da vontade do executor ou da coordenação funcional entre os participantes. O domínio da ação ocorre quando o agente realiza

os elementos informativos que evidenciam a autoria e a materialidade, presumidamente atribuindo ao dirigente empresarial o poder decisório sobre o fato típico em razão de sua alta função. Todavia, em claro estratagema, percebe-se o órgão acusatório separar o domínio do fato do perigo daquilo que Roxin efetivamente propôs, visando apenas suprir lacunas probatórias por meio do conceito restritivo de autor sequer aplicado à omissão¹⁸⁰ – *foco deste trabalho*. Por oportuno, vejamos cirúrgica crítica sobre a aplicabilidade do domínio do fato no âmbito da omissão:

Com efeito, o domínio daquele que atua positivamente afasta o do omitente, de modo que este último poderia converter-se em partícipe, mas não em autor, sempre que entre o omitente e a produção do resultado atue outro sujeito autorresponsável. A lógica subjacente é que a autoria na omissão só pode afirmar-se quando a produção do resultado depende exclusivamente da ação do omitente. Isso tem como consequência que “o domínio do fato somente se transfere ao omitente quando o interveniente deixou o controle do curso do fato”. O partícipe por omissão será assim qualificado, de qualquer forma, quando com sua omissão tenha originado um incremento do risco de produção do resultado.

Uma variante consistiria em entender o dever de garante em qualquer caso como de autor, descartando, assim, a participação em comissão por omissão. Também cabe sustentar uma solução diferenciadora em função da classe do dever de garante. Assim, será sempre autor da omissão somente o “garante de proteção”, no caso de que não evite o perigo que ameaça o bem jurídico, sem tomar em consideração a responsabilidade própria e a idoneidade para ser autor de quem ocasiona o perigo, sendo irrelevante aqui que o perigo provenha de forças naturais ou de uma pessoa que seja capaz de responsabilidade própria e atue dolosamente ou não. Pelo contrário, os “garantes de segurança” somente responderiam como autores da omissão quando o perigo se origina da específica fonte de risco pessoal sobre a qual se constitui o dever de garante, mas não se se origina de um comportamento alheio que implique responsabilidade própria.¹⁸¹

Ainda no exercício imaginativo de uma sociedade empresarial que não possua o *Criminal Compliance* em sua estrutura, não se adentrará neste subcapítulo na discussão acerca de quem seria o indivíduo incumbido de evitar ilícitos penais vinculados à atividade empresarial. Como delimitado no término do tópico anterior, previamente ao estudo concreto

diretamente o crime, enquanto o domínio da vontade se dá quando o autor utiliza outra pessoa como instrumento, controlando sua vontade para a prática do delito, caracterizando a autoria mediata. Já o domínio funcional do fato refere-se à divisão de tarefas entre coautores, em que cada um exerce controle sobre uma parte essencial da execução, configurando uma coautoria funcional. Para os fins deste trabalho, vale ressaltar que Roxin também ampliou a teoria para o domínio da organização, aplicável a crimes praticados por organizações criminosas (inclusive no âmbito empresarial), onde o autor detém o poder de mando e controle sobre uma estrutura hierárquica com executores fungíveis, permitindo sua responsabilização mesmo sem a execução direta do ato. (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. In: Revista Universitas JUS. Brasília, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014).

¹⁸⁰ Em caso de crime comissivo configurado pela emissão de ordens do superior hierárquico para que seu subordinado execute a ação delitiva, várias são as posições doutrinárias sobre o tema, em especial as que abordam os conceitos de autoria, coautoria, autoria mediata e participação, para além das teorias aplicáveis ao tema (como o domínio do fato). Contudo, por se tratar de modalidade criminosa absolutamente estranha ao presente trabalho, optou-se por não aprofundar nos reflexos teóricos aplicáveis aos delitos comissivos.

¹⁸¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Definição da categoria “responsabilidade penal do superior pela não-evitação de crimes cometidos por subordinados” a partir de seus próprios limites?* In: Revista de Estudos Criminais. Trd. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. v. 18, n. 75, p. 41-58, 2019, p. 48/49.

sobre a responsabilidade do *Compliance Officer*, há de se perquirir o exercício corporativo como como fonte direta de perigo e o dever de garante assumido pelo seu gestor/dirigente¹⁸².

Inicialmente, certa ponderação merece destaque. Em razão de sua estrutura hierárquica, a atribuição de autoria no contexto empresarial se divide em duas espécies que se comunicam diretamente com as modalidades de política organizacional corporativa denominadas de *bottom-up* e *top down*. Considerando ambas já terem sido devidamente apresentadas acima, cumpre, neste tópico, utilizá-las como fundamento material na imputação de autoria aos membros diretivos,

Configurada pela participação homogênea de todos os indivíduos da sociedade jurídica, a gestão *bottom-up* (de baixo para cima) se assenta na existência do princípio da autorresponsabilidade, de modo que a informação majoritariamente se dissemina das escalas inferiores para as superiores. Assim, logicamente, em primeiro lugar, há de se analisar eventual responsabilidade penal dos subordinados e, apenas após, inexistindo culpa (em *lato sensu*) ou havendo dever de vigilância, examinar os membros superiores¹⁸³. A atribuição de responsabilidade por esta modalidade ocorre em observância ao princípio da culpabilidade, considerando que cada indivíduo seria responsabilizado na medida de sua culpa (ainda em *lato sensu*) e com base nas condutas que praticou¹⁸⁴.

Em contrapartida, a gestão *top down* (de cima para baixo) estabelece uma estrutura organizacional que demanda, em primeiro lugar, a existência de eventual dever de evitar a prática de delitos no seio do exercício empresarial exigido dos membros diretivos. De certa maneira, sob a perspectiva processual, por meio desta política, garantir-se-ia uma análise mais efetiva do conjunto probatório e, conseqüentemente, a delimitação da autoria seria mais precisa, uma vez que o alto escalão dispõe de maiores dados informacionais sobre a atividade funcional da pessoa jurídica do que os demais integrantes, circunstância que seria ponto de partida não só para o trabalho dos órgãos de persecução penal, mas sobretudo para o estabelecimento de uma linha defensiva que aborde, dentre outras teses, a existência do elemento subjetivo do tipo, por exemplo.¹⁸⁵

De todo modo, não se pode atribuir um resultado ao sujeito exclusivamente em razão de sua posição hierárquica na empresa. É imprescindível a analisar as conseqüências de suas

¹⁸² Em diante, adotar-se-á a denominação do gestor, administrador, dirigente ou membro diretivo, em referência aos indivíduos que possuem poderes efetivos de gestão para proferir atos decisórios aos seus subordinados, em uma relação juridicamente fundada de controle sobre a companhia.

¹⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 55.

¹⁸⁴ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 137.

¹⁸⁵ SILVEIRA, *Direito penal empresarial: a omissão...*, p. 56.

funções profissionais efetivamente exercidas, de modo que as camadas da estrutura empresarial (e os indivíduos que respectivamente nelas se encontram) é mero instrumento secundário para a definição dos deveres inerentes a cada cargo, não sendo suficiente, portanto, como critério absoluto na atribuição de responsabilidade penal. Assim, enquanto critério material, a divisão de domínios de competência é critério auxiliar, uma vez que os organogramas internos servem como simples ponto de partida para a busca da delimitação dos deveres individuais de cada membro.¹⁸⁶

Feita a necessária consideração sobre a influência da política organizacional na atribuição de autoria no âmbito empresarial, passa-se, finalmente, ao estudo da posição de garantidor do membro diretivo e os seus deveres.

Em primeiro lugar, como já dito, é indene de dúvidas a empresa se apresentar como fonte de perigo a bens jurídicos de terceiros ou próprios, não obstante tenha se estruturado conforme os ditames legais e se destine a desígnios lícitos¹⁸⁷. Ora, na constituição de uma sociedade empresária, cria-se um núcleo de decisões direcionadas aos interesses corporativos, cujo objeto é formalizar relações jurídicas permeadas por interações intersubjetivas, razão pela qual a criação do ente normativamente reconhecido não recai tão somente em benefícios, mas sobretudo em riscos, em que uma considerável parcela repercute na esfera criminal¹⁸⁸.

Em razão de sua influência jurídico-penal derivada de sua natureza como fonte de perigo, a empresa tem uma posição de garante originária que é assumida pelos dirigentes e que vai gerando, em cadeia, uma delegação de deveres parciais aos demais indivíduos¹⁸⁹ – *dentre os quais se inclui o Compliance Officer*. Enquanto garantidores originários, incumbe aos membros diretivos o dever de manter o risco, espontaneamente criado pela constituição e gestão da empresa, no estágio juridicamente permitido. A execução do dever que lhes é atribuído

¹⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*. In: Revista *Liberdades*, n. 9, pp. 26-57, jan/abr de 2012, p. 40.

¹⁸⁷ Várias são as razões que permitem concluir que a empresa é uma fonte de perigo, sendo desde seu objeto principal até sua própria natureza. Por exemplo, em razão de sua atividade ambiental, é certo que a sociedade empresarial está suscetível a praticar eventuais delitos ambientais. Outro possível exemplo é a empresa que se destina aos certames licitatórios, assumindo a potencial fonte de crimes recentemente reformulados pela Lei n. 14.133/21. Ainda no exemplo imaginativo, considerando suas próprias obrigações tributárias, não são raras as vezes em que os administradores da pessoa jurídica se encontrem no polo passivo de ações criminais que versem sobre delitos tributários.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 66/67.

¹⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Autoria e participação em organizações...*, p. 39.

ocorre por intermédio de medidas de vigilância e atos intervencionistas que efetivamente evitem que o exercício regular da atividade cause perigos ou violações a bens jurídicos.^{190,191}

A assunção do compromisso em conter os riscos próprios ao exercício corporativo emerge da criação e da administração da empresa como fonte de perigo. Surgem, portanto, os deveres de controle e vigilância atribuídos aos administradores da empresa¹⁹². Os primeiros dizem respeito ao estabelecimento de mecanismos adequados de organização que permitem a manutenção do risco tipicamente vinculado à companhia em parâmetros juridicamente aceitáveis. Os segundos demandam do dirigente agir para que os riscos permitidos concebidos (ou geridos) não se transformem em proibidos e alcancem o resultado típico.¹⁹³

Pressuposto da relação juridicamente fundada de controle formalizada entre os membros diretivos e a empresa como fonte de perigo, a assunção fática do retromencionado compromisso se coloca como elemento material de sua própria posição originária de garantidor, exigindo-lhe o exercício do efetivo dever de controle e/ou vigilância¹⁹⁴. Para além de fundamento material, a relação jurídica estabelecida estipula os limites fáticos aos próprios deveres atribuídos aos administradores, de maneira a vedar a imputação de responsabilidade aos gestores por riscos empresariais que extrapolem a íntima relação com a função por ele exercida ou com a atividade praticada pela companhia¹⁹⁵.

Considerando a mera ocupação de cargo no corpo diretivo não ser circunstância que permite, por si só, a configuração da posição de garantidor, há de se observar, ainda, o elemento formal. A despeito de a relação formalizada entre empresa e membro ser relevante na determinação preliminar do conteúdo do dever de agir do agente, não se pode ignorar o fundamento formal (legal) da posição de garantidor dos dirigentes, o qual se assenta, em regra, na voluntariedade prevista no art. 13, §2º, alínea *b*, do CPB – *respeitadas suas restrições fáticas no âmbito do fundamento material*.^{196,197}

¹⁹⁰ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Posición De Garante Del Compliance Officer Por Infracción Del “Deber De Control”*: Una Aproximación Tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Neto (dir.). *El Derecho Penal Económico em la era Compliánce*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-190; p. 169.

¹⁹¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Principios de imputación en la empresa*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; ROBLES PLANAS, Ricardo (dirs.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42; p. 27.

¹⁹² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 118.

¹⁹³ BOTTINI, *Da omissão imprópria por ingerência*, p. 138.

¹⁹⁴ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 130/134.

¹⁹⁵ 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; p. 114.

¹⁹⁶ GRECO; ASSIS, *O que significa a teoria do domínio do fato...*, p. 114.

¹⁹⁷ Parte da doutrina entende a ingerência como elemento formal da posição de garantidor dos dirigentes, em razão da participação na criação dos riscos oriundos da estruturação e da gestão das atividades corporativas, a exemplo de Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.

Majoritariamente formalizada por instrumento contratual, a assunção do compromisso pelo dirigente de evitar a prática de ilícitos penais lhe obriga a adotar medidas de prevenção, vigilância e contenção de riscos, o que compreende um amplo espectro de providências, as quais podem variar desde os processos seletivos e a posterior formação dos subordinados, até o estabelecimento de um eficaz programa de *Compliance*. Em todo caso, é certo que as medidas adotadas pelos garantidores originários da pessoa jurídica se destinam a orientar os procedimentos a serem adotados pelos demais membros da corporação, permitindo a fiscalização do cumprimento das diretrizes e prevenindo, simultaneamente, que riscos possam resultar em acontecimentos típicos.¹⁹⁸

Cumprido destacar não serem raras as vezes em que as medidas originalmente incumbidas aos dirigentes no exercício do dever de garantia sejam delegadas aos seus subordinados. Seja em razão da complexidade da estrutura empresarial, da necessária expertise do profissional delegado – *como no caso do Compliance Officer*, ou da contraproducente concentração de responsabilidades em um só indivíduo, a delegação de funções se tornou medida fundamental¹⁹⁹ ao regular exercício da atividade corporativa. Consequentemente, uma vez assumida a tarefa delegada, o funcionário se responsabiliza materialmente pelo que lhe foi incumbido, de maneira que há uma transformação da esfera de responsabilidade individual tanto do delegante como do delegado. Assim, a delegação de funções no contexto empresarial é uma técnica

pela qual a pessoa que a exerce (delegante) tem a oportunidade de "descarregar" suas funções e responsabilidades iniciais, transpassando-as ou transferindo-as para outra pessoa (delegado). Essa técnica transforma as esferas de responsabilidade individual tanto do delegante quanto do delegado.

A delegação de funções empresariais pode ser realizada não apenas pelo empresário ou administrador da empresa, mas também (e principalmente) por pessoas em níveis abaixo da alta direção (departamentos técnicos ou operacionais da organização empresarial). Em qualquer caso, a delegação exige que o delegante seja competente — tanto no sentido formal quanto material — sobre a matéria que constitui o objeto da delegação.²⁰⁰

133/134). Todavia, recorrer à ingerência no âmbito empresarial tende a ser desnecessário. Isso porque a assunção seria critério suficiente para estabelecer formalmente a posição de garantidor, considerando que a previsão legal do art. 13, §2º, alínea *b*, do CPB, permite concluir que o agente que cria, mantém ou controle determinado risco permitido assume a posição de garantidor por assunção, assumindo o dever de mitigar os riscos empresariais (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Barcelona: Editorial Atelier, 2022, p. 120.)

¹⁹⁸ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 67.

¹⁹⁹ A delegação de funções pode ser até normativamente imposta. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, exige que as sociedades de capital aberto designem um diretor estatutário especificamente para se relacionar com os investidores (ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 146).

²⁰⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*. In: Estudios Penales y Criminológicos, Universidade de Santiago de Compostela, v. 35, 2015, p. 742/743, tradução própria.

Embora a delegação de tarefas influencie diretamente nas esferas de responsabilidade individual no âmbito corporativo, há de se advertir que o princípio da responsabilidade pelo fato próprio (ou autorresponsabilidade) é inafastável na imputação de culpa individual. Logo, cada membro da pessoa jurídica é responsável tão somente por seu próprio comportamento e não pelo de terceiros²⁰¹. Neste ponto, uma ressalva merece destaque. Em regra, o dirigente empresarial assume a posição de orientar o comportamento de seus subordinados em razão de seu poder de mando, possuindo, em diante, o controle sobre o fundamento do resultado²⁰². Todavia, não se trata de atribuir responsabilidade ao superior delegante pelo injusto praticado por seu inferior delegado. Pelo contrário, nesse caso, responsabilizar-se-á o superior hierárquico por seu próprio injusto, cuja configuração consistiu em sua inação em não evitar aquele resultado típico, mesmo podendo e devendo ter agido no seu exercício do dever de vigilância, em observância ao princípio da autorresponsabilidade.

Abstendo-se de adentrar nas premissas teóricas que possam restringir a imputação de culpa (em *lato sensu*) aos dirigentes da sociedade corporativa enquanto delegantes de funções e deveres, certo é que sua posição de garantidor originário deve se ater apenas aos delitos relativos à atividade empresarial, sob pena de uma indevida ampliação da responsabilidade pela via omissiva, o que permitiria a responsabilização penal objetiva²⁰³. Não por outra razão, no âmbito omissivo impróprio, no contexto corporativo, a situação típica que exige do membro diretivo um dever de agir para evitar o resultado penalmente relevante consiste, majoritariamente, na atuação individual de seus subordinados. Nessa perspectiva, os resultados típicos disseminados entre as diversas camadas da estrutura societária se traduzem nos próprios riscos da atividade empresarial em si. Não bastasse, mesmo nas hipóteses nos deveres mais habituais de proteção ou vigilância, há de se reforçar que a cadeira assumida pelo dirigente enquanto garantidor originário frequentemente se distancia (e muito) da efetiva situação típica de perigo, sobretudo nos casos em que delegação de funções é ampla e verticalmente difundida na companhia.²⁰⁴

²⁰¹ CRESPO, *Definição da categoria "responsabilidade penal do superior..."*, p. 45/46.

²⁰² 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*. Trd. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 171/172.

²⁰³ DUARTE, *A responsabilidade penal dos gestores...*, p. 105.

²⁰⁴ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 70.

4.2 A delegação da posição de garantidor ao *Compliance Officer*

Por consequência lógica do introduzido no subcapítulo anterior e, principalmente, visando evitar a concentração absoluta de tarefas aos dirigentes (e conseqüentemente de eventuais responsabilidades delas decorrentes), nem todos os indivíduos na companhia devem se ocupar e tomar conhecimento de todas as esferas da estrutura societária. Logo, a fragmentação, segmentação, canalização e filtragem das informações surgem como uma necessidade inexorável das empresas modernas, atendendo a demandas de especialização e de resposta adequada aos riscos, atuando no sentido do cumprimento dos deveres de cuidado²⁰⁵. Não por outra razão, incumbe à alta gestão da sociedade empresarial a contratação de profissionais qualificados para cada específica área de atuação da companhia, a fim de garantir maior tecnicidade ao exercício corporativo e dissolver as funções que possivelmente lhe atribuiriam, automaticamente, responsabilidade penal pelos atos praticados por seus subordinados.

Para além disso, dentre as principais competências empresariais, em matéria de *Compliance*, há, em primeiro lugar, o administrador da empresa como garantidor originário. Com efeito, é a alta direção da companhia que toma a decisão inicial de implantar e conduzir (em um primeiro momento) o *Criminal Compliance*²⁰⁶. Após a implementação do programa, a alta direção mantém seu dever jurídico de vigilância sobre seus subordinados e o seu efetivo cumprimento pelos superiores delegantes se considera uma expressão concreta da sistematização e procedimentalização da estrutura vertical de supervisão²⁰⁷.

Considerando a complexidade técnica inerente ao *Criminal Compliance*, regularizou-se delegar a instituição e o gerenciamento do programa ao *Compliance Officer*. Em regra, hierarquicamente inferior aos membros diretivos, a doutrina penal entende a posição do CO se assemelhar, na prática, ao cargo de executivo sênior²⁰⁸, uma vez que sua vocação ultrapassa a mera execução de tarefas de prevenção, o que, aliás, tornou-se uma diretriz própria da atividade empresarial (a exemplo das medidas de combate à lavagem de dinheiro, aos crimes ambientais, às práticas anticorrupção, etc.)²⁰⁹.

²⁰⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 288.

²⁰⁶ MONTANER FERNÁNDEZ. *El criminal compliance desde la perspectiva...*, p. 747.

²⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes de vigilancia y Compliance empresarial*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79/104; p. 101.

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia y Compliance*, p. 88.

²⁰⁹ MONTANER FERNÁNDEZ. *El criminal compliance desde la perspectiva...*, p. 748.

Abra-se parênteses, neste ponto, para destacar a relevância do cargo. Atualmente, embora a legislação penal não conceitue o cargo ou estipule suas funções concretas²¹⁰, a jurisprudência pátria já se debruçou sobre a existência do *Compliance Officer* em ações penais diversas²¹¹. A despeito da omissão legislativa no Brasil, trata-se de uma influência histórica dos diplomais legais estrangeiros, cujos ordenamentos não só reconhecem normativamente o programa de *Compliance*, mas sobretudo atenuam a pena quando este se mostraria eficaz na prevenção de eventuais novos delitos²¹² - *dever funcional precipuamente conferido ao Officer*.

Justamente por sua relevante expertise, em razão da delegação das tarefas, o *Compliance Officer* assume a figura de garantidor secundário. A despeito da nomenclatura utilizada, há de se ressaltar que, após delegarem a obrigação ínsita ao programa de *Compliance*, os dirigentes não mais se responsabilizam por atos ilícitos praticados sob a égide da atuação do CO nos casos em que este for omisso e aqueles terem exercido corretamente seu dever de vigilância, considerando não só o princípio da autorresponsabilidade, mas sobretudo a assunção da responsabilidade material pelo *Officer* em razão do compromisso contratualmente firmado com a alta direção. Logo, a delegação do dever de vigilância não tem o condão de desobrigar, integralmente, o dirigente delegante de suas responsabilidades, uma vez que remanescem o dever de supervisão e fiscalização sobre as atividades do delegado^{213,214}.

²¹⁰ Como adiantado no terceiro capítulo deste trabalho, várias são as legislações que abordam, mesmo que superficialmente, o *Compliance*. Todavia, na contramão, há uma absoluta desinteresse quanto ao debate sobre o indivíduo responsável pelo programa, uma vez que o legislador brasileiro não se despreocupou em normatizar seu conceito e suas funções, sendo pouquíssimas as leis que fazem uma referência sutil ao “*responsável pela aplicação do programa de integridade*”, a exemplo do já mencionado Decreto nº 11.129/22, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

²¹¹ O primeiro reconhecimento ocorreu por ocasião da Ação Penal 470 (popularmente conhecida como “Mensalão”). Durante o extenso julgamento que se findou em 2014, o *Compliance Officer* do então existente Banco Rural havia atraído para si deveres de vigilância e controle, assumindo uma garantia penal de não só reportar a prática de ilícitos penais ao Banco Central e ao COAF, mas sobretudo as impedir. No caso concreto, considerando ter restado demonstrado não só ter se omitido de seus deveres, como também efetivamente ter participado de forma ativa dos atos ilícitos, o *Officer* foi condenado pelos delitos imputados por suas condutas comissivas e omissivas impróprias. Posteriormente, várias foram as decisões que citam a figura do CO, dentre as quais destaca-se a menção doutrinária expressa feita pelo Superior Tribunal de Justiça ao *Officer* garantidor que se insere em um cenário de cegueira deliberada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 785.584. Relator Ministro Nefi Cordeiro, 30 ago. 2017. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília/DF, 05 set. 2017).

²¹² Exemplifica-se o disposto no art. 31 do também já mencionado Código Penal espanhol, cujo texto legal atenua a pena da responsabilidade penal da pessoa jurídica caso a corporação tenha “*(...) establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*”. Na mesma linha é a dicção do art. 90º-A, 4, do Código Penal português, em que há o reconhecimento da atenuante de pena quando constatada “*(...) a circunstância de a pessoa coletiva ou entidade equiparada ter adotado e implementado, antes da prática do crime, programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie.*”.

²¹³ SARDINHA, Leonardo Lopes. *O compliance e as repercussões jurídicas no âmbito do direito penal: um estudo sobre a delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o compliance officer*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE. São Paulo, 2024, p. 149.

²¹⁴ “*Forma-se uma dupla camada de deveres de vigilância onerando delegante e delegado de forma distinta*”, em que os deveres de vigilância se subdividem em “*deveres de supervisão ativa*” e “*deveres de supervisão reativa*”

A partir da delegação, a posição de garantidor normalmente atribuída aos dirigentes é transferida ao *Compliance Officer*, outorgando-lhe a obrigatoriedade em atuar para contribuir com a prática de delitos pelos demais membros da estrutura societária, em decorrência do exercício da atividade empresarial. A delegação pode ser parcial ou total, cuja diferenciação reside na autonomia concedida. Diz-se parcial porque há a possibilidade de a alta direção transferir a gestão do *Criminal Compliance* (logo, já implementado) para um único indivíduo. Fala-se em total considerando a necessidade de atuação do *Officer* desde a implementação do programa, assumindo, enquanto *Chief*, todo o departamento de conformidade, havendo nesta conjuntura, em princípio, a possibilidade de novas delegações internas. Em qualquer das hipóteses, é indene de dúvidas que o *Officer* excede a figura de mero delegado de vigilância.²¹⁵

Uma vez transferido, por delegação do dirigente, o dever de vigilância e controle sobre as fontes de perigo, para efetivamente se firmar a posição de garantidor do *Compliance Officer* no âmbito prático, há de se analisar as diversas camadas internas de delegação do dever de vigilância que abarcam o membro diretivo (enquanto delegante) e o CO (enquanto delegado)²¹⁶. Assim, poder-se-ia afirmar, desde já, que o exame quanto a concretização da posição de garante do *Officer* depende exclusivamente das nuances do caso concreto – *o que não é completamente incorreto*. Todavia, como se verá no capítulo seguinte, os elementos do tipo objetivo são imprescindíveis para nortear a configuração (ou não) dito dever legal de garantia penal, a exemplo dos limites funcionais ínsitos à autonomia e à subordinação do *Compliance Officer*.

Estabelecendo uma relação entre a densidade dos deveres remanescentes ao garantidor delegante e os outorgados ao garantidor delegado (como é o caso do *Officer*, inclusive enquanto delegante interno no departamento de *Compliance*):

Assim, delegantes mais próximos da execução da tarefa de risco teriam deveres de supervisão ativa, sendo exigível a realização de tarefas ativas de supervisão de modo ordinário e periódico. Delegantes mais distantes teriam apenas deveres de supervisão reativa, ou seja, deles só se exigiria uma reação diante de indícios de que está em andamento uma situação de perigo diante da qual têm o dever de intervir. Este dever de supervisão reativa envolveria a obrigação de criar mecanismos de supervisão passivos, menos rigorosos que os ativos. Essa distinção daria melhor resposta à diversa intensidade dos deveres de garantia nos diversos níveis da estrutura hierárquica da empresa, cujo conteúdo pode variar de forma sensível, e que não pode ser ignorada pela dogmática da omissão, como já afirmava Schünemann. A partir desta distinção é possível descrever, de forma um pouco menos genérica, qual a ação esperada do garantidor delegante e do garantidor delegado.²¹⁷

em função da maior ou menor proximidade do delegante da realização material da tarefa de risco.” (ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 159).

²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia y Compliance*, p. 103.

²¹⁶ SARDINHA, *O compliance e as repercussões jurídicas*, p. 147.

²¹⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 159/160.

A despeito da (longa) discussão teórica que aborda os deveres integral ou parcialmente delegados e os possíveis efeitos residuais da garantia penal ao dirigente enquanto garantidor originário, é certo que a descentralização dos setores corporativos de gestão (incluindo o departamento de *Criminal Compliance*) é resultado da análise acerca da *expertise* de cada membro responsável. Por essa razão, a individualização posterior de responsabilidades internas facilita a identificação da relação de controle com a situação fática e a real assunção de competências de cada área da pessoa jurídica – *circunstâncias que fundamentam a posição de garantidor*.²¹⁸

Vale ressaltar que a delegação de tarefas e funções implica o dever de supervisão apenas das atividades exclusivas do delegado. Logo, caso o *Compliance Officer*, delegue as tarefas que originalmente lhe foram incumbidas a terceiros, o delegante originário (dirigente) não tem, em princípio, o dever de supervisionar as atividades dos subordinados ao *Officer*.²¹⁹ Isso porque no âmbito das estruturas verticais rege o princípio da confiança²²⁰, cuja aplicação prática estabelece, por exemplo, que o dirigente delegante só pode confiar no desempenho satisfatório das tarefas atribuídas ao *CO* quando cumprir com seus deveres de escolha adequada, quando o instruir corretamente, bem como lhe der condições materiais para o exercício efetivo das tarefas abrangidas no pelo âmbito de competência do *Officer* delegado.

De todo modo, a distribuição de funções tem por efeito o estabelecimento rígido de âmbitos de competência individual, dentro dos quais o eventual garantidor deve cumprir com seus respectivos deveres²²¹. No âmbito do programa criminal de integridade, há de se adiantar que a posição de garante do *Compliance Officer* não pode decorrer automaticamente da delegação da função de vigilância inicialmente atribuída ao dirigente, mas sim da possibilidade

²¹⁸ PINTO; BRENNER. *Responsabilização de gestores...*, p. 416.

²¹⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 170.

²²⁰ Até a década de 80, o princípio da confiança foi aplicado tão somente aos casos envolvendo os ilícitos de trânsito automotivo julgados pelo Tribunal Supremo do Império Alemão à época (*Reichsgericht*). Após a expansão de sua aplicabilidade em diversas áreas distintas (a exemplo do Direito Penal médico e do Direito Penal econômico), o princípio da confiança se sedimentou na teoria da imputação objetiva, ganhando relevantes concepções elaboradas por Günther Jakobs e Claus Roxin. Respectivamente, as contribuições dos autores utilizavam o princípio da confiança como elemento limitador do risco permitido ou como forma de critério geral de imputação (CATELLI, Thales Aporta; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *O princípio da confiança e a teoria da cegueira deliberada: desafios à dilação probatória no processo penal brasileiro contemporâneo*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6, n. 5, p. 1943-1973, 2020, p. 1948/1949). Atualmente, no Direito Penal pátrio no âmbito empresarial, o princípio da confiança exerce uma função limitadora da imposição de deveres de garantia (sobretudo nas estruturas verticais de delegação), uma vez que estabelece como regra geral a confiança concreta do gestor sobre os atos de seus subordinados (CAMBRAIA, Flávia Siqueira. *O princípio da confiança como critério normativo de imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade penal diante da conduta incorreta de terceiros*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2015, p. 53).

²²¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 171.

de o resultado ter sido evitado caso tivesse cumprido seu dever de informação e diagnóstico²²² – *mais adiante explorado*. Não por outra razão, impera analisar quando a omissão do CO pode ser considerada penalmente relevante.

Portanto, feitas as necessárias considerações sobre a delegação da posição de garantidor e os derivados deveres de garantia penal ao *Compliance Officer*, passa-se, finalmente, a analisar sua responsabilidade penal sob a ótica da tipicidade no âmbito da omissão imprópria.

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

5.1 A posição de garantidor e o dever de agir

Como exaustivamente adiantado, a transferência ou a delegação dos deveres de evitar o resultado lesivo ao *Compliance Officer* não lhe outorga, de maneira automática, a posição de garantia penal. Contratualmente assumidos após a vislumbrada a necessidade de delegação interna da gestão do *Criminal Compliance*, os deveres específicos de agir (próprios do garantidor) são circunstâncias práticas que se colocam como ponto de partida na análise da responsabilidade penal do *Officer* na omissão imprópria.

Excepcionalmente em relação ao *Compliance Officer*, o seu dever de garantia surge no momento de implementação do programa de integridade – *caso este ainda não exista*. No âmbito inaugural do *Criminal Compliance*, a participação direta do *Officer* acaba por estipular os eventuais deveres que ele há de cumprir na gestão do programa. Desde a imposição de triviais tarefas como o treinamento de empregados e a instalação de um sistema de denúncias (fase inicial que, inclusive, poderia nem sequer haver no que se falar em controle parcial sobre a empresa como fonte de perigo²²³) até o acompanhamento integral dos processos internos de prevenção delitiva, o estabelecimento dos mecanismos que servem de pilar para o departamento é o fundamento fático-material para a configuração, ou não, da posição de garantidor.

Desde já, há de se destacar que o dever de agir do *Compliance Officer* não alcança uma obrigação jurídico-penal frente ao Estado de reportar às autoridades a prática de eventual delito constatado na atividade profissional da empresa em que atua. Isso quer dizer que, no exercício de suas funções contratualmente assumidas, o *Officer* não tem um dever *jurídico-penal público* de denunciar o autor de um crime (enquanto membro da pessoa jurídica) às autoridades estatais, razão pela qual sua omissão nesse sentido não possui qualquer relevância penal.²²⁴

²²² FLORÊNCIO FILHO; CERESER, *Responsabilidade penal do compliance officer...*, p. 47.

²²³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 225.

²²⁴ GÓMEZ-ALLER, *Posición De Garante Del Compliance Officer...*, p. 187.

Entre as atribuições do seu cargo, estão as tarefas de promover um ambiente de conformidade, instar a empresa a cessar condutas não conformes, detectar e reportar crimes à alta direção, não estando o *Officer* obrigado a colaborar os órgãos de persecução penal em maior medida do que qualquer outra pessoa apenas em razão de figurar no cargo ocupado. Em outros termos, quaisquer que sejam as tarefas que compõem sua posição, estas não são obrigações de prevenção de crimes assumidas perante o Estado, mas sim perante a própria pessoa jurídica contratante. Inclusive, alusões genéricas a deveres de cooperação com as autoridades contidas em diretrizes internas do programa de *Criminal Compliance* sequer são suficientes para fundamentar o referido dever jurídico-penal público.²²⁵

Feita a retromencionada diferenciação, em linhas abstratas, perante a pessoa jurídica, as funções essenciais dos *Compliance Officers* se iniciam pela supervisão e perpassam pelo gerenciamento (limitado) e pela vigilância do exercício corporativo, o que ocorre por intermédio dos mecanismos próprios do programa implementado a fim de evitar ou reduzir a prática de ilícitos penais durante a atividade empresarial. Em assim sendo, para o efetivo desenvolvimento das ditas funções essenciais, em nosso sentir, é imprescindível que o *Officer* participe ativamente desde a elaboração do programa, atuando, em sequência, em sua implementação e se mantendo na gestão das diretrizes estipuladas.²²⁶

Por oportuno, se assim for pactuado entre a empresa e o profissional, o dever de garantia do CO pode se cessar após a efetiva implementação do programa, nas hipóteses em que o *Officer* for contratado tão somente para aplicar sua expertise na elaboração das diretrizes que serão executadas ao longo do funcionamento do setor de cumprimento corporativo que vise evitar a prática de ilícitos penais. Por consequência lógica, é possível que o dever de garantia do CO cesse quando da efetiva implementação do programa, se for este o limitado objeto do contrato formalizado entre a companhia e o profissional.

Assim, as tarefas assumidas pelo *Officer* podem ter intensidade diversa. Por um lado, as funções podem abranger exclusivamente a estruturação e desenvolvimento de um sistema de *Compliance* efetivo, formulação de códigos de conduta e treinamento de empregados. Por outra perspectiva, em uma atuação mais ampla, as tarefas do CO podem abarcar os deveres de diagnóstico e investigação de possíveis práticas criminosas dentro da companhia, bem como de comunicação de eventual suspeita por ele constatada à alta direção.²²⁷

²²⁵ GÓMEZ-ALLER, *Posición De Garante Del Compliance Officer...*, p. 188/189.

²²⁶ LAFUENTE, Alfredo Liñán. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 21.

²²⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 278.

Todavia, para os fins deste trabalho, estabelecer-se-á a atuação do *Compliance Officer* desde a implementação até a execução (e o acompanhamento) do programa, incluindo o dever de repassar as informações coletadas sobre eventual ilícito verificado aos dirigentes.

Nesse sentido, o conteúdo e a extensão dos deveres de agir são diretamente limitadas pelo âmbito das atividades (assumidas ou delegadas), para as quais servirá de indício o que dispuserem os documentos de contratação, os quais, idealmente, devem determinar as esferas de operação e o objeto de vigilância, prever o direito de acessar as informações relevantes, tomar as medidas investigativas necessárias (quando encarregado for), receber e apurar denúncias, etc.²²⁸ Justamente em razão da natureza contratual estabelecida entre o *Compliance Officer* e a companhia que o emprega, entende-se a figura do garantidor que lhe é aplicável encontrar previsão legal no art. 13, §2º, alínea *b*, do Código Penal, na medida em que sua atuação decorre de um dever jurídico próprio, originado exclusivamente do instrumento negocial formalizado entre ambas as partes.

A despeito dos deveres efetivamente assumidos em instrumento contratual, a delimitação da responsabilidade do *Officer* enquanto garantidor exige uma análise prática de funções concretamente exercidas, principalmente no âmbito do fluxo informacional. Em outras palavras, para além das informações que permitem o adequado gerenciamento sobre os riscos oriundos da atividade empresarial, o CO deve possuir ferramentas concretas que o possibilitem não só identificar eventuais fontes de perigo em cada setor da companhia, mas sobretudo as prevenir (em uma atuação mais ampla, quando possível) ou as comunicar à direção da empresa.

Em face do fundamento formal que concretiza o dever de garantia exigido pela hipótese do dispositivo legal retromencionado, o dever legal de agir (de proteção indireta e de vigilância) é atribuído ao *Officer* sem que ele possuísse originalmente o dever de proteger o bem jurídico ou tampouco tenha criado a fonte de perigo. Logo, a hipótese em tela pressupõe que a entrada do CO na esfera de responsabilidade seja fática e real, de maneira a reduzir do dirigente como garantidor originário as medidas de proteção e vigilância que lhe eram esperadas.²²⁹

Sem embargo de sua premissa material residir na estipulação contratual, a posição de garantidor não pode se limitar às cláusulas ínsitas ao termo pactuado. Em outras palavras, a mera designação do cargo e a determinação dos deveres do *Compliance Officer* em elementos documentais da pessoa jurídica é absolutamente insignificante se efetivamente não se adequar ao exercício concreto funcional do profissional. Nessa perspectiva, não havendo congruência entre as tarefas e competências atribuídas ao *Officer* e as de fato por ele exercidas, prevalecem

²²⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 225.

²²⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 167.

as últimas. Da mesma forma, não sendo o CO titular de deveres formalmente estabelecidos no contrato formalizado, importarão para sua responsabilidade penal as funções de fato assumidas e exercidas.²³⁰

Dirimida o paradoxo eventualmente constituído entre as funções contratadas e as efetivamente exercidas, determinadas considerações sobre o *conteúdo* dos deveres de agir se fazem necessárias.

De plano, há de se registrar certa obscuridade em relação à natureza do dever concretamente assumido pelo *Officer*. A discussão exige uma análise das funções que são delegadas ao CO, a fim de se dirimir se lhe foi atribuído o poder decisório de evitar, concretamente, a prática de delitos. Se assim não o for, estar-se-á diante de uma posição corporativa que visa tão somente reportar eventuais denúncias ou meras suspeitas, não sendo, contudo, possível agir para impedir a concretização do resultado típico.²³¹

Predominante, a corrente mais restritiva entende o *Officer* não possuir a função de evitar a ocorrência de ilícitos penais, mas tão somente reportar à alta direção sua eventual existência. Assim, no exercício de seu dever de proteção indireta e vigilância sobre eventuais transgressões à legislação penal no âmbito da atividade empresarial, o gestor do programa de integridade não possui o dever de evitar a prática de crimes, devendo unicamente coletar o máximo de informações sobre os envolvidos no contexto ilícito e, posteriormente, encaminhar os dados ao corpo diretivo da pessoa jurídica.²³² Por isso, fala-se em dever de proteção indireto e não um dever de intervenção propriamente dito.

Nesse viés, o papel funcional do *Compliance Officer* se limita a prestar as informações necessárias à alta direção da pessoa jurídica sobre o que constatou em sua vigilância e diagnosticar, ainda, os riscos mapeados por ocasião do processo de implementação do programa. Portanto, não compete ao *Officer* tomar decisões ou intervir de forma autônoma para evitar a prática de ilícitos. Caso essa fosse sua função, haveria uma nítida confusão com a própria figura do dirigente (garantidor originário), acarretando não só um inevitável conflito de interesses, mas principalmente desnaturando a própria essência do *Criminal Compliance*.²³³

Sintetizando, o *Compliance Officer*

não assume uma posição de garantia quanto à prevenção de crimes que possam ser cometidos por meio da atividade empresarial. A única posição de garantia que o *Compliance Officer* poderia ter, se aplicável, é interna, ou seja, visa assegurar que o

²³⁰ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 169.

²³¹ LAFUENTE, *La responsabilidad penal*, p. 61.

²³² ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 252.

²³³ FLORÊNCIO FILHO; CERESER, *Responsabilidade penal do compliance officer...*, p. 46.

descumprimento das normas que vinculam a organização e seus membros não resulte em prejuízo para a empresa. Portanto, desde que não se trate de casos de associação dolosa à conduta criminosa de terceiros, as possibilidades de imputação de responsabilidade criminal ao *Compliance Officer* por violação de seus deveres são muito limitadas.²³⁴

Considerando sua clara vantagem informacional, não se pode ignorar a posição jurídica especial do *Officer* enquanto garantidor. A concentração exclusiva (e por vezes sigilosa) de informações sensíveis sobre os membros da companhia e as tarefas que internamente lhes são atribuídas é fator crucial para a análise dos riscos intensificados pela própria atividade empresarial. Se os dados coletados forem comunicados a tempo e modo corretos pelo CO, a administração corporativa poderá adotar providências necessárias para impedir o resultado típico.

Por isso, o dever de garantia penal atribuído ao CO se assenta na possibilidade de o ilícito penal não ocorrer caso o profissional exerça efetivamente o seu dever de identificar os riscos frente às informações custodiadas e repassar os elementos informacionais aos responsáveis, não lhe sendo exigido, portanto, atuar ativa e repressivamente sobre o indivíduo que está na iminência de praticar o delito – *caso ainda não praticado*. Logo, a ausência de um poder diretivo por parte do *Officer* não afeta sua posição de garantidor, mas limita o conteúdo do seu dever concreto de agir em função de sua possibilidade jurídica de atuação.²³⁵

Em razão de sua função se limitar ao mapeamento das fontes de perigo, identificação de possíveis crimes e reporte das informações coletadas ao corpo diretivo, o *Officer* é comumente denominado de garantidor complementar²³⁶ – *o que não se confunde como o garantidor secundário*. Isso porque, não sendo possível tomar decisões concretas para evitar o resultado lesivo, é certo que a impossibilidade jurídica de o CO evitar a ocorrência do resultado é suprida pela atuação posterior dos dirigentes (enquanto garantidores originários) na execução de medidas aptas a, de fato, impedir a prática delitativa no âmbito corporativo.

Em síntese, enquanto o *Officer* assume a posição de garantidor responsável pelo diagnóstico de perigos e fornecimento de informações aos dirigentes da empresa, incumbe aos últimos adotarem as medidas adequadas para neutralizar o perigo. Assim, somente por meio da

²³⁴ Em tradução livre “(...) no asume una posición de garantía frente a la evitación de los delitos que puedan cometerse a través de la actividad empresarial. La única posición de garantía que, en su caso, podría ostentar el compliance officer es de carácter interno, esto es, dirigida a asegurar que del incumplimiento de la normativa que vincula a la organización y a sus miembros no se deriven daños para la empresa. Por tanto, y siempre y cuando no estemos ante supuestos de adaptación dolosa a la conducta criminal de terceros, las posibilidades de atribuir responsabilidad penal al compliance officer por el incumplimiento de sus funciones son muy reducidas.” (MONTANER FERNÁNDEZ. *El criminal compliance desde la perspectiva...*, p. 774).

²³⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 223.

²³⁶ LAFUENTE, *La responsabilidad penal*, p. 65/65.

união das tarefas entre o CO e os membros diretivos é que se poderá evitar o resultado típico – *eis, portanto, o caráter indireto de proteção do dever de agir do Officer*. A divisão de deveres de garantidor de vigilância entre o *Officer* e alta direção gera um desempenho cronologicamente estruturado de cumprimento do dever último de evitar a ocorrência do resultado: em um primeiro momento, incumbe ao CO o atendimento aos deveres de diagnóstico e comunicação; em um segundo, incumbe aos dirigentes o dever de intervir adotando as medidas adequadas à prevenção do ilícito e alcance do resultado típico.²³⁷

Todavia, não basta o preenchimento da posição de garantidor para se atribuir ao *Officer* responsabilidade penal por eventuais ilícitos ocorridos sob o amparo do programa de integridade por ele implementado e gerido. Há de se observar, ainda, a omissão do CO diante de seu dever de agir para evitar o resultado que lhe incumbia reportar, quando tinha a possibilidade fático-real de fazê-lo: o dever especial. Ora, considerando a omissão imprópria assegurar a equiparação da punição às condutas comissivas, o dever de agir para evitar o resultado ganha especial relevância.²³⁸

Para tanto, é imprescindível a análise individual acerca dos elementos do tipo (objetivo e subjetivo) em relação ao *Compliance Officer* no exercício de suas funções.

5.2 Demais requisitos da tipicidade objetiva

5.2.1 Situação típica de perigo e resultado

A omissão penalmente relevante sempre se associa a uma situação esperada, ou seja, a expectativa de que algo normalmente deveria acontecer. A íntima relação entre a normal penal e o bem jurídico faz com que aquela oriente a conduta do indivíduo de maneira a não lesar ou ameaçada este²³⁹. A relevância da omissão imprópria exige uma situação de perigo para o bem jurídico tutelado e a ação do agente no sentido esperado.

Logo, a situação típica de perigo (ou risco) é uma fase na qual o resultado ameaça ocorrer, muito embora ainda possa ser revertido por meio de uma ação. Trata-se, portanto, de pressuposto que ativa o dever de agir do garantidor, dever este que não é meramente abstrato, mas estritamente determinado em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado.

²³⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 279.

²³⁸ A propósito, merece destaque não serem raras as vezes em que o dever objetivo de cuidado e o dever especial são confundem, possibilitando indevidamente, inclusive, a responsabilização penal do *Officer* tão somente em razão do cargo ocupado, sem, contudo, a presença de um dever concreto de agir para evitar (após o devido reporte) do resultado. (PINTO; BRENNER. *Responsabilização de gestores...*, p. 417/418).

²³⁹ ZINI, *Os crimes omissivos...*, p. 161/162.

Logo, a configuração do elemento objetivo do tipo em análise se dá com o perigo de ocorrência de um resultado, cuja inexistência de interferência (omissão) conduzirá ao resultado típico.²⁴⁰

Especificamente em relação ao *Compliance Officer*, a situação típica de perigo se configura justamente nas hipóteses em que a atividade empresarial se encontra em perigo, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio de falhas nos mecanismos práticos de prevenção de crimes previstos no programa de integridade por ele gerido ou mera ineficiência no repasse das informações coletadas ao corpo diretivo para que a conduta delitativa fosse impedida. Caso o pleno funcionamento do *Criminal Compliance* exima o *Officer* de exercer seu dever de vigilância – *eis não existiriam ilícitos a serem reportados*, não haveria no que se falar em obrigação de agir e, conseqüentemente, estar-se-ia diante de eventual omissão atípica²⁴¹.

Sem embargo da discussão sobre o cabimento da tentativa nos crimes omissivos impróprios²⁴², a situação típica de perigo ganha especial relevância na análise sobre o início da ação reivindicada pelo risco constatado. Nesse contexto, somente se poderia falar em aporte omissivo penalmente relevante do *Compliance Officer* a partir do efetivo início da consumação do crime por algum membro da pessoa jurídica (inferior ou superior).

O início da conduta criminosa pelo indivíduo é crucial para o surgimento do dever de agir por parte do *Officer*, que deverá ser definido pela estipulação prévia de suas funções corporativas no âmbito contratual. Antes do início da conduta criminosa do terceiro, eventual omissão do CO não adquire relevância penal, por se tratar de ato preparatório impunível. Este aporte impunível, caso não constatado, poderia até ser eventualmente considerado mero descumprimento de um dever de vigilância por parte do *Officer* – *o que, inclusive, geraria tão somente eventual responsabilidade a título de culpa, em regra*. Todavia, sem o exame sobre os

²⁴⁰ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 240.

²⁴¹ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 785.

²⁴² Não à toa, em razão da complexidade da discussão, Felipe Campana brilhantemente dedicou uma obra exclusiva ao estudo da tentativa na omissão imprópria. Nas palavras do autor, a lacuna (ou deficiência) doutrinária sobre o tema se assenta justamente porque “(...) a dogmática dos crimes omissivos impróprios se preocupa com a possibilidade de se atribuir determinado resultado lesivo ou perigoso a uma realização delitativa omissiva, mais especificamente, põe em foco a existência ou não de uma relação de causalidade entre a omissão e o resultado e se o cumprimento do dever de agir teria evitado o resultado lesivo. Ocorre que, a demasiada atenção com o resultado e o seu desvalor penal pode redundar no risco de se assentar toda a fundamentação da responsabilidade penal omissiva imprópria no *ex post*, isto é, no que aconteceu após a realização delitativa. Em outras palavras, será o resultado o fundamento para a responsabilização penal por omissão imprópria. Conseqüência disso, se o resultado não ocorrer, o omitente nunca será responsabilizado e, ao revés, sempre o será, caso ocorra o resultado imputável. Portanto, perguntar-se sobre a responsabilidade penal por tentativa nos crimes omissivos representa também uma contribuição para que se apresente um fundamento para a responsabilidade penal por omissão imprópria independentemente do resultado, mas sim baseada no momento em que o omitente realizou a conduta (*ex ante*) e não com o que aconteceu posteriormente (*ex post*)”. (CAMPANA, *A tentativa...*, p. 22/23).

demais pressupostos do tipo, não haveria no que se falar, de plano, em omissão penalmente relevante.²⁴³

Portanto, afirmada a posição de garantidor do *Officer* e constituída a situação típica que aciona o seu dever de agir em contribuir com as necessárias intervenções subsequentes (pelos dirigentes) que buscam evitar o resultado, os contornos de seu dever de garantidor são fornecidos pela possibilidade físico-real (e jurídica) de agir, a seguir explorada.

5.2.2 Omissão da conduta determinada, apesar da capacidade físico-real (e jurídica) de agir

Para além do dever, o agente tem que poder agir, dentro das condições que lhe eram possíveis naquele determinado contexto em concreto²⁴⁴. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo e esta está condicionada à modalidade de conduta típica a que se refere, justamente porque inexiste uma omissão em si, senão omissão de uma ação determinada²⁴⁵.

Não se limita a possibilidade de agir exclusivamente ao âmbito físico. É preciso que o indivíduo esteja, ainda, em plenas condições psíquicas de realizar a ação mandada pela norma. Trata-se, pois, de pressuposto preenchido por dois elementos distintos. O primeiro diz respeito ao óbvio limite físico de atuação, cuja análise ocorre por intermédio de um juízo hipotético que busca examinar se a ação exigida teria efetivamente impedido a lesão ao bem jurídico. Não por outra razão, o segundo elemento se materializa no âmbito intelectual, reclamando do agente não só o conhecimento da tipicidade enquanto consciência concreta da ação requerida pela norma mandamental – *o que não se confunde com elemento do dolo*, mas sobretudo dos meios práticos aptos e disponíveis em seu leque de atuação para realizar a conduta esperada.^{246,247}

Consagrada no art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro²⁴⁸, a exigência da capacidade de agir é prevista nos elementos normativos da própria dicção do texto legal, condicionando a relevância da omissão nas hipóteses em que o indivíduo “*devia*” e “*podia*” agir para evitar o

²⁴³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 244.

²⁴⁴ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 120.

²⁴⁵ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 337.

²⁴⁶ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 103/104.

²⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 125.

²⁴⁸ Sobre os elementos normativos “*devia*” e “*podia*” previstos no texto legal do dispositivo em voga, é interessante a crítica de Juarez Cirino que afirma a redação do artigo ser “*defeituosa*”, considerando que “*primeiro, o dever pressupõe o poder de agir e, portanto, a ordem dos verbos estaria invertida; segundo, o dever jurídico de agir é um conceito normativo fundado na realidade concreta do poder ou capacidade de agir e, portanto, a referência ao dever seria desnecessária*”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 133)

resultado. Do simples exame do referido dispositivo, constata-se que se trata de barreira que impede que o indivíduo aja para além de sua própria aptidão (física e psíquica)²⁴⁹, de modo a legalmente vedar a imposição de deveres faticamente impraticáveis ao garantidor, por exemplo²⁵⁰.

Precisamente em relação ao *Compliance Officer*, a discussão sobre sua capacidade psicofísica de agir ganha destaque quando confrontada com os limites funcionais de atuação na atividade empresarial sob uma perspectiva jurídica, razão pela qual há de se averiguar a autonomia que lhe é concedida para gerir o programa de integridade e, especialmente, sua subordinação ao corpo diretivo da companhia como possível obstáculo ao seu exercício profissional²⁵¹. Explica-se.

Para que exerça com excelência seu dever de agir, o *Officer* deve dispor de todos os mecanismos necessários previstos no escopo do programa de integridade que o permitam repassar as informações adequadas sobre o ilícito penal por ele constatado à alta administração. Não à toa, comumente utilizados pelo CO, os canais de comunicação visam compensar parcialmente os limites naturais do fluxo de informações, cujo alcance é restrito à percepção individual da prática de crimes dentro da companhia. Não bastasse, a despeito de sua extensão e anonimato, os instrumentos de comunicação interna não alcançam, de maneira absoluta, os casos em que a fragmentação da informação (especialmente a técnica) e a falta de coordenação na transmissão dos diversos elementos debilitem o repasse do fluxo aos órgãos de decisão²⁵² – *deficiência informacional por vezes causadas pela própria direção (dolosamente ou não)*.

É evidente, pois, que, para que os dirigentes possam intervir na situação de perigo criada por outros integrantes da empresa – *incluindo seus pares*, o pleno conhecimento das circunstâncias típicas do ilícito é imprescindível para a tomada correta de decisões²⁵³. Logo, enquanto garantidor responsável pela coleta (e posterior repasse) das ditas circunstâncias à administração, o *Officer* deve possuir autonomia concreta na averiguação específica da atividade empresarial nos diversos setores da empresa, o que alcança não só o fluxo institucional de informações sobre os processos internos adotados, mas principalmente os dados

²⁴⁹ KAUFMANN. *Dogmática de los delitos de omisión...*, p. 48.

²⁵⁰ COSTA, *Os crimes omissivos...*, p. 102.

²⁵¹ Embora o cargo de *Compliance Officer* possa assumido internamente por um indivíduo da alta direção da companhia (seja por redução de custos, seja por experiência), estabeleceu-se neste trabalho que a função é exclusivamente exercida por um profissional externo contratado para tanto. Nesse sentido, cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 215/225, cujo trabalho explora as quatro possibilidades principais de conformar a função do encarregado de vigilância, as quais, por suas diferenças, apontam também para respostas possivelmente diversas quanto à questão de sua posição de garantidor.

²⁵² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 244.

²⁵³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 289.

peçoais dos membros, ressalvadas as normas estabelecidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)^{254,255}.

Nessa perspectiva, considerando que o profissional não possui autonomia efetiva para decidir como confrontar a violação de dispositivos penais no curso das atividades da empresa e tampouco exerce uma função de garantia que o obrigue a prevenir crimes cometidos por membros da companhia, embora complexa, a solução mais coerente seria impedir que lhe fosse atribuída responsabilidade criminal, ainda que participativa, pela omissão na prevenção de crimes cometidos na atividade empresarial. Ora, de fato, o papel do *Officer* em uma empresa moderna e estruturalmente complexa consiste em supervisionar o sistema de conformidade e manter a alta administração informada sobre ele. E este é um serviço que a alta administração necessita para exercer seus deveres de controle no âmbito organizacional.²⁵⁶

A despeito de excepcional, a solução acima proposta evidencia ser absolutamente fundamental conceder ao *Officer* a integralidade do fluxo informacional que o permita atuar, de maneira autônoma e imparcial, na condução dos mecanismos de detecção de ilícitos, sobretudo aqueles que se destinam a impedir eventual atribuição de responsabilidade penal aos próprios dirigentes enquanto garantidores originários. Assim, embora formalmente subordinado à alta direção da empresa, o *Officer* deve dispor de todos os meios para desempenhar suas funções, uma vez que sua principal atividade é identificar a prática de eventuais ilícitos penais, inclusive aqueles cometidos por membros da própria alta gestão. Eis o paradoxo entre sua autonomia e subordinação interna.

²⁵⁴ Inclusive, não são raras as vezes em que o *Compliance Officer* assume a função de *Data Protection Officer* (DPO). No Brasil, o DPO é o profissional responsável por garantir que a pessoa jurídica atue em conformidade com a LGPD e fomente a governança corporativa, desempenhando um papel intermediador, por exemplo, entre a empresa, os titulares dos dados e os órgãos regulatórios. Em seu texto legal, a LGPD faz alusão ao DPO em seu artigo 41 (e parágrafos), cujo texto estabelece que “o controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais”, para além de indicar taxativamente as atividades a serem desempenhadas pelo profissional, as quais muito se assemelham (respeitadas as particularidades de cada área) com as do CO: “I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.” (BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia orientativo: Atuação do encarregado pelo tratamento de dados pessoais*. Brasília: ANPD, dezembro 2024).

²⁵⁵ Vale lembrar que as funções contratualmente assumidas não se confundem com as efetivamente exercidas. Isso quer dizer que a simples estipulação do âmbito de competências do *Officer* nos registros oficiais da pessoa jurídica será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático concreto na gestão do programa de integridade. Para fins de responsabilidade penal, mais valerá o exercício de fato do que a designação em documentos societários ou no contrato de trabalho formalizado entre a empresa e o CO. Dessa forma, o *Compliance Officer* “laranja”, que nunca assumiu efetivamente, no aspecto prático, as funções que o permitam exercer os deveres de vigilância oriundos da delegação das funções preventivas pelo dirigente (e o controle sobre os perigos que emanam da empresa), não assume a posição de garantidor. (ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 132/133).

²⁵⁶ MONTANER FERNÁNDEZ. *El criminal compliance desde la perspectiva...*, p. 770.

Caso o CO se depare com práticas criminosas realizadas por membros diretivos, a plena autonomia para investigar e relatar essas irregularidades é essencial. Isso garante que a organização tenha mecanismos de controle internos capazes de detectar problemas em qualquer nível hierárquico, sem que a presença de dirigentes possa obstruir o processo de identificação e repasse das informações. Todavia, como visto, em que pese o *Officer* deva possuir plena liberdade apuratória, não se ignora ele se enquadrar em um posição hierarquicamente inferior aos membros da alta administração.

Isso significa que, em última instância, o *Officer* precisa comunicar as circunstância ilícitas detectadas ao corpo diretivo para que as medidas preventivas (ou corretivas) sejam adotadas. No entanto, a subordinação hierárquica não implica em ausência de autonomia funcional nem responsabilização automática pela ocorrência de delitos na empresa, especialmente se ele tiver cumprido o dever de informar a alta direção conforme suas atribuições lhe exigiam. Não por outro motivo, o CO precisa ter a liberdade de reportar suas constatações sem qualquer interferência, mesmo nos casos em que membros da alta gestão estão envolvidos na situação típica constatada. Se o *Officer* cumprir diligentemente seu dever legal de identificar e reportar a prática de infrações, a ação que lhe era exigida será satisfeita.

Na eventualidade de a alta direção decidir, por qualquer motivo, não adotar as providências preventivas ou corretivas necessárias, não há no que se falar em atribuição de responsabilidade penal ao *Compliance Officer* por conduta omissiva (dolosa ou culposa) de terceiro. Isso porque, salvo se detentor de poderes executivos e real capacidade de evitar a prática do ilícito, o *Officer* exerce um papel exclusivo de rastreamento e comunicação, não sendo o principal garantidor para evitar o resultado lesivo, função tipicamente exercida pelos dirigentes da pessoa jurídica.

À guisa de conclusão, somente os detentores de poder decisório (estratégicos ou operacionais) devem ter contra si imputação de responsabilidade penal por crimes corporativos, justamente por serem os únicos indivíduos que podem demonstrar, ou não, a razão pela qual o delito possa ter sido cometido em caso de eventual omissão. Em muitos casos, e além daqueles em que a atividade criminosa decorre do próprio órgão de administração da empresa, o polo passivo dos procedimentos criminais no âmbito empresarial é preenchido pelos próprios dirigentes. Assim, a menos que o *Officer* centralize toda a supervisão de conformidade regulatória na empresa (com poderes decisórios autônomos, inclusive quanto a medidas corretivas) e detenha, além disso, o monopólio das informações de conformidade, não há outra

opção a não ser excluir sua potencial responsabilidade criminal por não ter prevenido crimes cometidos durante o exercício da atividade empresarial.²⁵⁷

Sem embargo da (extensa) discussão sobre as nuances que distinguem a autonomia do *Officer* em sua atuação profissional em detrimento de sua subordinação aos dirigentes, certo é que em âmbitos com competências individuais juridicamente reguladas (por lei, contrato ou outro instrumento com força legal tal como o estatuto da empresa), o conteúdo do dever concreto de agir é normativamente delimitado e estabelece concretamente a possibilidade jurídica de agir do CO como garantidor e, portanto, o que dele é juridicamente esperado e qual é o seu dever concreto de agir. Trata-se, pois, de uma aferição concreta a partir da estruturação e regulação da empresa, cuja conclusão sobre a possibilidade jurídica de agir diz respeito à determinação do conteúdo do dever concreto do garantidor. Justamente por essa razão, traçar um paralelo na análise prática das funções efetivamente exercidas (e não as meramente contratadas) e os limites da autonomia do *Officer* se mostra imprescindível no exame da relevância penal da omissão.²⁵⁸

Sobre a distinção entre possibilidade jurídica de agir e capacidade físico-real da ação, adaptar-se-á um exemplo utilizado por Estellita em sua clássica obra sobre o tema. Ajustando o contexto ilustrativo trazido pela autora ao presente trabalho, tem-se o caso de um *Compliance Officer* que só detém a possibilidade jurídica de acionar a administração da companhia, mas não possui efetivamente a competência de demitir um encarregado, sendo, portanto, apenas a primeira conduta dele esperada (seu dever de agir). Mas isto tampouco é suficiente para afirmar a relevância de sua eventual omissão, pois ainda é necessário analisar a capacidade físico-real de fazê-lo. Imagine-se, então, que logo após tomar ciência da iminência da prática criminosa pelo empregado e, afobado para logo chegar à empresa a fim de comunicar à alta direção, sofresse o *Officer* um enfarte que o impossibilitasse de cumprir seu dever concreto a tempo. Estar-se-ia, então, diante de um garantidor, com possibilidade jurídica de agir para evitar o resultado, ao qual faltou capacidade físico-real de agir. Portanto, haveria uma omissão penalmente irrelevante.²⁵⁹

Por fim e com base no acima exposto, no que tange ao pressuposto objetivo do tipo em voga, a omissão do *Compliance Officer* só será relevante quando o profissional omitir uma específica ação juridicamente esperada (dever de agir), em que pese sua capacidade jurídica e

²⁵⁷ MONTANER FERNÁNDEZ. *El criminal compliance desde la perspectiva...*, p. 774.

²⁵⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 248/249.

²⁵⁹ Cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 249, para dirimir os exemplos trazidos pela autora sobre a distinção prática entre os três elementos da omissão penalmente relevante: posição de garantidor, possibilidade jurídica de agir e capacidade físico-real de ação.

físico-real de praticá-la. Sem a identificação concreta da conduta omitida enquanto garantidor, das especificidades subjetivas de sua autonomia frente à sua subordinação aos dirigentes e, principalmente, de suas funções efetivamente praticadas, não há no que se falar em responsabilização penal por crime omissivo impróprio.

Independentemente do grau e quantidade de ações determinadas juridicamente esperadas do *Officer*, todas devem ser identificadas e descritas, pois sem essa delimitação nem mesmo será possível a ulterior análise do nexo de causalidade. E mais, os elementos objetivos do tipo até então analisados (posição de garante, situação típica e a capacidade físico-cognitiva de agir) devem ser acompanhados do nexo de causalidade normativo verificado a partir da violação de um dever, análise que ocorre por intermédio da teoria da imputação objetiva.

Ainda que se formalize a posição de garante do *Officer* e se afirme sua capacidade físico-real de realizar a conduta que lhe era exigida diante da cognoscibilidade de uma situação típica, sua responsabilidade penal encontra óbice inafastável ainda sob o enfoque da tipicidade objetiva: o juízo de causalidade e a imputação objetiva do resultado²⁶⁰ – *a seguir analisados*.

5.2.3 Nexo de causalidade e imputação objetiva do resultado

Ao contrário dos crimes comissivos, na omissão, a ação juridicamente exigida não foi praticada, não havendo, assim, um ponto de apoio naturalístico, pré-determinado, para formular o processo de exclusão hipotética, exigido pela fórmula do *conditio sine qua non* prevista no art. 13, §2º, do Código Penal. Nos crimes omissivos, há a necessidade de um esforço prévio adicional na determinação da ação juridicamente exigida, pois é ela que tem de ser apta a eliminar a ocorrência do resultado concreto quando incluída hipoteticamente no curso causal para que, então, se possa afirmar o nexo de causalidade.^{261,262}

²⁶⁰ NASCIMENTO, Philippe Alves do. *O papel do compliance officer e a relevância penal da omissão*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 339.

²⁶¹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 253.

²⁶² “Com efeito, em face da norma penal, para que exista a causalidade na omissão imprópria, para além da responsabilidade do sujeito de garantir a não ocorrência do resultado (que é atribuída a ele por um dever legal de impedir o referido resultado, ou por um dever de impedimento assumido voluntariamente, ou ainda porque com o seu comportamento anterior o sujeito criou o risco da ocorrência do resultado) deve se fazer um juízo de exigibilidade. Isto se dá por conta de ser somente relevante e desvalorada pelo Direito Penal a responsabilidade de impedir o resultado se o sujeito devia e podia agir, conforme está expressado nos signos linguísticos do parágrafo segundo citado (...) Destarte, a matéria da proibição dos crimes omissivos impróprios é produto da interpretação sistemática do tipo comissivo com a regra da causalidade ora citada, delimitada por um juízo de desvalor, traduzido na exigibilidade.” (BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro*. In: *Católica Law Review*. Lisboa. V. 1, n. 3, p. 43-70, 2017, p. 48).

Nesse sentido, a teoria da condição, adotada no Código Penal, quando aplicada à omissão, não funciona de maneira correta, uma vez que, como qualquer outra teoria da causalidade, trata-se de mera hipótese e não certeza²⁶³. Em razão disso, diferentemente da comissão, ao invés de se suprimir a ação realizada para averiguar se, com isso, desaparece o resultado típico, deve ser acrescentada hipoteticamente à ação esperada para se concluir se ela teria evitado o resultado típico com probabilidade próxima da segurança ou da certeza²⁶⁴.

No âmbito omissivo, várias são as propostas doutrinárias formuladas que buscam sanar a insuficiente aplicação da teoria da condição na omissão em sua modalidade imprópria²⁶⁵, as quais não serão aprofundadas neste trabalho considerando seu específico objeto de estudo. Não obstante, como já exposto, a doutrina pátria majoritária acolheu a chamada teoria da *causalidade funcional*, formulada por Juarez Tavares²⁶⁶.

Essencialmente, Tavares buscou atribuir a causalidade omissiva ao âmbito mandamental, considerando que a própria omissão depende necessariamente de uma norma mandamental. Assim, da própria norma que determina o dever de agir do agente, extraem-se o nexo de causalidade e os limites do que será efetivamente mandado, para além do sentido da atividade exigida para evitar a lesão ao bem jurídico. Uma vez compreendidos, os elementos da ação exigida (como parte de um processo comunicativo) se estendem aos seus destinatários como objetos referenciais para sua conduta, em uma vinculação ao mundo da vida, a fim de se evitar que os enunciados de imputação decorram exclusivamente de juízos hipotéticos. Em

²⁶³ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 353.

²⁶⁴ NASCIMENTO, *O papel do compliance officer...*, p. 339.

²⁶⁵ Tentando interpretar a menção expressão à omissão prevista no texto legal do art. 13, *caput*, do *codex* penal brasileiro, Juarez Tavares afirma criticamente que é irrelevante “reproduzir toda a discussão em torno da justificativa dessa norma. O importante é assinalar que, empiricamente, está demonstrado que a omissão não pode constituir uma causa. (...) O primeiro ponto a ser discutido diz respeito à questão da relação lógica entre o critério de eliminação hipotética e a omissão. Segundo esse critério, determinante para afirmar que a omissão constitua causa de um resultado será concluir que sem ela o resultado não teria ocorrido. Aqui reside o problema. Como se pode afirmar que sem uma inatividade o resultado não teria ocorrido? Ou seja, como se pode afirmar que um “nada” é de tal forma influente, que pode produzir um resultado empírico? A subsistir a regra da teoria da condição, a conclusão elementar é de que a causalidade na omissão nada mais é do que o produto de um simples enunciado argumentativo, tecido para inclui-la no âmbito de punibilidade dos delitos comissivos.” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 352). Ainda em sua obra, Tavares bem explicita as diversas posições doutrinárias sobre o aplicabilidade da causalidade no âmbito omissivo, Cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 349/351. No mesmo sentido é o estudo sintetizado de ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 159/166.

²⁶⁶ Além de Tavares, Ernst-Joachim Lampe elaborou sua própria proposta de teoria da causalidade funcional. Segundo Lampe, a causalidade funcional aborda uma abordagem das circunstâncias e fundamentos da censura imposta ao injusto. Logo, trata-se de uma limitação da causalidade ao exame do elemento subjetivo, cuja orientação é dirigida pela manifestação da vontade do agente (dolosa ou culposa). Logo, a relação causal vincularia o comportamento do indivíduo ao próprio resultado, considerando que a causalidade funcional é configurada pelo nexo entre o comportamento e a sua própria consequência frente ao elemento subjetivo do agente, não se tratando, portanto, de mera relação factual de causa e efeito (como no mundo externo). Cf. ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 94/98.

outras palavras, somente o confronto entre o que elemento mandamental define e impõe (de um lado) e a realidade empírica (de outro) é possível elucidar se ação devida era ou não causa do resultado.²⁶⁷

Respeitado o posicionamento contrário que lhe critica²⁶⁸, a teoria da causalidade funcional conclui corretamente que a análise causal é prévia à análise da imputação. Partindo dessa premissa, o que se tem é que o juízo a ser realizado deve se desvincular, por ora, dos critérios normativos que se traduzem na diminuição do risco ou na evitação do resultado, deixando-os para momento posterior, após a constatação da causalidade²⁶⁹. Embora o legislador tenha adotado a teoria da condição, há de se reiterar que a causalidade funcional contribui para a identificação do que

possa constituir uma *conditio sine qua non* do resultado, partindo de que essa condição deverá estar referida a um aspecto empírico, como também a um aspecto normativo, de determinação de sentido da própria atividade devida. Somente sob esses dois parâmetros será possível interpretar o disposto no art. 13 do Código Penal. Uma vez eliminada essa relação entre os aspectos empíricos e normativos, de um lado, e o resultado provável, nos limites da certeza, de outro, poder-se-á dizer que a omissão não foram uma condição causal do resultado.²⁷⁰

De todo modo, é indubitável que a causalidade não se confunde com a figura própria do garantidor, uma vez que, enquanto aquela guarda relação com o desvalor do resultado, esta última se refere ao desvalor da conduta – *no âmbito do dever de agir do agente*. E mais, o

²⁶⁷ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 353.

²⁶⁸ Em síntese, o posicionamento contrário à teoria de Tavares reside no fato de ele “*atrelar a causalidade da omissão a um juízo normativo-empírico em que sua ausência se comprova “quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão ao bem jurídico” acaba por alçar a um mesmo patamar, diferentemente do que o próprio autor tenta aduzir, o empírico da causalidade ao seu normativo. Em outras palavras o que se tem é que a fórmula idealizada pelo autor afirma que causal será a omissão da ação devida que, seja sob uma perspectiva ex ante, seja por uma óptica ex post, diante da realidade fática apareceria como a solução capaz de impedir a consecução do resultado obtido. Ademais, ao rechaçar a ideia da diminuição do risco, Tavares afirma que essa teoria nada tem a ver com causalidade, mas com os limites da posição de garantidor, misturando o desvalor da ação com o desvalor do resultado.*” (ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 132). Em sentido análogo, trazendo questionamentos críticos, é a lição no sentido de que “*conquanto possam ser consideradas sedutoras, as teoria da causalidade funcional esbarram em algumas dificuldades. No tocante à fundamentação da teoria, é questionável se o Direito Penal precisa de um conceito próprio de causalidade, isto é, de um conceito que seja distinto daquele empregado pela teoria da ciência. Não se discute a possibilidade de ser elaborado conceito próprio concernente à relação de causalidade no âmbito da teoria do crime, mas a efetiva necessidade de tal construção. Em outras palavras: é imprescindível que o Direito Penal tenha um conceito próprio de relação de causalidade ou é conveniente que trabalhe com o conceito de causalidade da teoria da ciência? Não se pode perder de vista, na solução dessa questão, que a causalidade é categoria epistemológica que pertence à teoria da ciência e não apenas ao Direito Penal.*” (ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 104).

²⁶⁹ ANDRADE, *Critérios de imputação...*, p. 132.

²⁷⁰ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 355.

desvalor da conduta é analisado segundo uma perspectiva *ex ante*, ao passo que o desvalor do resultado é avaliado em uma perspectiva *ex post*.²⁷¹

Verificada a relação causal, passa-se à análise da relevância da omissão na ocorrência do resultado. E, por sua vez, por meio da imputação objetiva, apura-se a possibilidade de o resultado típico ser atribuível ao agente. Assim, em síntese, a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado²⁷².

Respeitadas as particularidades próprias, a literatura se beneficia dos critérios de imputação objetiva utilizados nos delitos comissivos para aplicar-lhes aos crimes omissivos impróprios. Considerando a inexistência de um efetivo apoio naturalístico no âmbito omissivo, para que o resultado seja atribuído ao agente sob uma ótica objetiva, a identificação do risco no referido resultado se torna imprescindível²⁷³, não satisfazendo, assim, a manutenção do risco proibido ou sua conversão em um risco permitido.

Duas são as teorias que se dedicaram à esclarecer se a conduta omitida deveria ter efetivamente evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza ou se a mera realização da ação exigida seria suficiente para, concretamente, diminuir o risco de ocorrência do resultado: a teoria da *evitabilidade* e a da *diminuição do risco*. A controvérsia entre as teorias reside, objetivamente, na impossibilidade de

decidir com absoluta certeza se a ação omitida teria impedido o resultado. Trata-se de um juízo hipotético inevitavelmente sujeito a uma margem de erro. A doutrina dominante, portanto, contenta-se com a observação de que a prática da conduta adequada teria evitado o resultado com uma "probabilidade beirando a certeza". Outro segmento doutrinário considera necessário e suficiente que a interposição da ação esperada certamente teria significado um aumento nas possibilidades de evitar o resultado (certa redução do risco).²⁷⁴

Vejamos, portanto, brevemente cada uma.

A teoria da evitabilidade se assenta em um conceito negativo de ação, de modo que a conduta seria, portanto, a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia ou a realização de um resultado evitável²⁷⁵. Assim, para a imputação objetiva, é necessária a

²⁷¹ ROCHA, *A relação de causalidade...*, p. 172.

²⁷² GRECO, *Problemas de causalidade...*, p. 22.

²⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*, p. 20.

²⁷⁴ Tradução livre de MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 337.

²⁷⁵ Se referindo aos conceitos diversos de ação com base na evitabilidade estipulados por Herzberg e Jakobs, cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 239.

realização de uma ação determinada que pudesse ter evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza²⁷⁶. Logo, o resultado só poderia ser imputado ao indivíduo se a ação omitida tivesse o impedido com uma altíssima probabilidade, com uma probabilidade de grau máximo, com uma probabilidade próxima da certeza ou praticamente com segurança²⁷⁷.

Embora dominante²⁷⁸, a teoria da evitabilidade coleciona certas críticas. Em primeiro lugar, aquelas que condenam o exercício de futurologia afirmam ser impossível prever, concretamente, que a conduta realizada pudesse evitar o resultado com probabilidade próxima da certeza. Em segundo plano, são os críticos que ponderam que a prevalência da teoria exigiria a estipulação de prioridade de proteção entre os bens jurídicos, de maneira a permitir que bens jurídicos permaneçam desprotegidos precisamente nas ocasiões em que mais necessitem de tutela.²⁷⁹

Para além dos apontamentos críticos acima, há outro ponto de oposição à teoria da evitabilidade. Considerando a exegese do art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro, exigir do garantidor tão somente um especial dever de agir – *e não um dever concreto de evitar o resultado*, não se pode impor, portanto, que a ação omitida que era devida evite a ocorrência do resultado com uma elevada probabilidade que se aproxima da certeza. Em outras palavras, sendo normativamente exigido um comportamento, ainda que com o propósito de evitar a ocorrência do resultado típico, basta que sua efetivação mitigue o risco ao bem jurídico tutelado e não evite o resultado propriamente dito.

Em contrapartida às suas críticas, a segurança na premissa de evitação do resultado na teoria da evitabilidade se ampara no princípio do *in dubio pro reo*, considerando que se houver dúvida quanto à evitação do resultado em razão da ação omitida, não há no que se falar em imputação do resultado à omissão²⁸⁰. O juízo de probabilidade nos limites da certeza, exigido para configuração da teoria da evitabilidade, reside em um índice entre 98% e 99% de chances de que o evento ocorra. Previamente à conclusão se a ação devida impediria o resultado com probabilidades nos limites da certeza, há de se submeter o julgamento final há um processo normativo de avaliação, de forma a evitar que o único fundamento conclusivo sobre a relação entre antecedente e consequente se torne uma decisão meramente estatística.²⁸¹

²⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho penal: parte general...*, p. 337.

²⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. LIII, p. 29-132, 2000, p. 49.

²⁷⁸ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 772.

²⁷⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 253.

²⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996, p. 230.

²⁸¹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 377.

Por seu turno, minoritária, a teoria da diminuição do risco visa solucionar a imputação objetiva do resultado ao comportamento omissivo com base em uma análise se a ação esperada pudesse diminuir o perigo que visa lesar o bem jurídico²⁸². Ao contrário da probabilidade próxima da certeza sustentada pela teoria da evitabilidade, a teoria da diminuição do risco se contenta com a mera criação de uma chance de salvamento do bem jurídico²⁸³.

Apesar de inicialmente desenvolvida para incidir nos delitos comissivos, a teoria do incremento do risco se estende ao âmbito omissivo impróprio, cuja adaptada base teórica permite a imputação do resultado ao omitente nas hipóteses em que sua (não realizada) ação pudesse possivelmente (e não provavelmente) evitar o resultado²⁸⁴. Para imputação do resultado, basta ser provável ou possível que o comportamento alternativo conforme ao direito evitasse o resultado²⁸⁵. Caso não criada uma chance de salvamento do bem jurídico em caso de o risco ser mantido, poder-se-ia, em um exame *ex ante*, responsabilizar o agente criminalmente.²⁸⁶

Considerando a repressão punitiva do Estado se relacionar diretamente com o resultado enquanto elemento do injusto – *e não tão somente condição de punibilidade*, a confirmação do desvalor do resultado se desvincula da obrigatoriedade da certeza de sua própria ocorrência, sendo suficiente que a ação exigida expanda a probabilidade de evitar a lesão ao bem jurídico, justificando-se, assim, em uma análise posterior, a proibição da conduta perigosa.²⁸⁷

A síntese crítica da teoria da diminuição do risco reside na alegada violação ao brocardo do *in dubio pro reo*, uma vez que, segundo seus opositores, a teoria responsabiliza o indivíduo por um resultado cuja ocorrência não seria certa se ele tivesse adotado a conduta correta e esperada²⁸⁸. Há, ainda, em menor parte, os críticos que afirmam que os delitos de resultado se transformariam em tipos penais de perigo²⁸⁹. Ambas as afirmações críticas são contra-argumentadas por Luís Greco, quem afirma que uma regra processual de distribuição do ônus da prova não tem efeitos práticos sobre a existência de um pressuposto material da imputação do resultado e, ademais, a análise da imputação do resultado ocorre quando este já ocorreu, logo, não haveria no que se falar em conversão de crimes de lesão em crimes de perigo²⁹⁰.

²⁸² NASCIMENTO, *O papel do compliance officer...*, p. 146.

²⁸³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 257.

²⁸⁴ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 770.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.

²⁸⁶ NASCIMENTO, *O papel do compliance officer...*, p. 147.

²⁸⁷ GRECO, *Problemas de causalidade...*, p. 30/31.

²⁸⁸ ANDRADE, *Crítérios de imputação...*, p. 139.

²⁸⁹ ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva...*, p. 343.

²⁹⁰ Heloísa Estellita faz a síntese contraposta por Luís Greco aos críticos da teoria da diminuição do risco (ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 258/259).

Apresentadas as distinções e as críticas de cada teoria, especificamente em relação *Compliance Officer*, a teoria da evitabilidade parece mais adequada, como se expõe a seguir.

Em primeiro lugar, para imputar objetivamente o resultado ao *Officer* por sua eventual ação omissiva imprópria, por meio da teoria da evitabilidade, há de se apurar se a conduta que lhe era exigida poderia ter evitado o resultado com uma probabilidade que se aproxima da certeza. Não por outra razão, o referido juízo probabilístico que exige uma aproximação da evitação do resultado à certeza é assegurado pelo brocardo constitucional do *in dubio pro reo*, cujo alicerce fundamental é oriundo das próprias premissas da teoria da evitabilidade.

Ao invés de suprimir a ação realizada para averiguar se o resultado típico desapareceria, há de se acrescentar, em um juízo hipotético e probabilístico, se a conduta do *Officer* legalmente exigida teria evitado a ocorrência do resultado com uma concreta segurança íntima à certeza. Logo, com base na teoria da evitabilidade, para se considerar a possibilidade em lhe imputar penalmente o resultado típico, deve-se verificar se a comunicação da informação pelo *Compliance Officer* à alta direção poderia ter evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza, permitindo que os membros diretivos pudessem impedir a prática do delito.²⁹¹

A relevância da teoria da evitabilidade se reforça considerando que sua aplicação permite constatar, por meio de experiências anteriores semelhantes ao caso analisado, a tendência da posição a ser adotada pela alta gestão após o recebimento das informações do ilícito constatado, a fim de que se possa aferir, por consequência, a responsabilidade penal do *Officer* na omissão de eventual comunicação que lhe incumbia repassar. Por essa razão, a análise empírica do juízo probabilístico da teoria da evitabilidade impede não só que a imputação objetiva do resultado se baseie em premissas normativas, mas sobretudo permite melhor verificar se, caso o *Compliance Officer* tivesse cumprido seus deveres, o corpo diretivo, em posse das informações repassadas, teria aptidão para intervir no acontecimento típico e evitar o resultado, com uma probabilidade que se aproxima da certeza.²⁹²

A dita análise empírica ganha ainda mais segurança quando se está diante de estruturas empresariais complexas caracterizadas por delegações subsequentes de tarefas. A antecipação probabilística da propensão da alta gestão à tomada de decisões, com base no histórico prévio de situações análogas, permite mitigar a responsabilidade penal do *Compliance Officer* no cumprimento de seus deveres de gerenciamento de riscos e supervisão, contratualmente assumidos.

²⁹¹ NASCIMENTO, *O papel do compliance officer...*, p. 339.

²⁹² FLORÊNCIO FILHO; CERESER, *Responsabilidade penal do compliance officer...*, p. 57/58.

Valendo-se da teoria da evitabilidade, Estellita expõe a estruturação proposta por Timo Schrott que organiza a imputação do resultado à conduta omissiva em duas etapas sucessivas. Na primeira, analisa-se se há bases para uma clara atribuição normativa ao âmbito de responsabilidade do garantidor, sendo levados em consideração os critérios da *superior expertise*, do *conhecimento por parte do terceiro* (critério de exclusão); da *estruturação do cargo em sistemas de prevenção de perigos* e, por fim, da *posição hierárquica ocupada na organização empresarial*. Na segunda, procede-se ao exame empírico da evitabilidade.²⁹³

Dissertar-se-á, a seguir, sobre cada critério elaborado por Schrott na primeira etapa, sob a ótica de Estellita, analisando-os em relação ao *Compliance Officer*.

O critério da *superior expertise* exige uma inequívoca atribuição do comportamento devido de evitação do resultado no âmbito de responsabilidade do *Compliance Officer* quando este, por força de sua expertise superior e em razão do contratualmente pactuado com a empresa, detém o controle fático sobre a fonte de perigo. Sob a perspectiva deste critério, caso não comunique eventual fato ilícito à alta direção, deve-se considerar que, em regra, o *Officer* pode não ter expertise nas áreas técnicas internas que podem representar fontes de perigo na empresa, principalmente por se tratar de profissional que possui tão somente as aptidões necessárias para a coordenação do departamento de *Criminal Compliance*. Assim, ressalvado seu amplo conhecimento dos processos internos que lhe dá uma vantagem informacional sobre os demais membros da empresa, sob o critério da expertise superior, não se pode afirmar a inequívoca atribuição de responsabilidade ao *Officer*. Em sentido diverso, por exemplo, é o caso de coexistência profissional de dois *Officers*, em que tão somente um possui experiência técnica e é subordinado ao outro. Nesse cenário, ao CO *descentralizado* incumbe tarefas de supervisão de equipamentos e processos técnicos e é justamente em razão de sua superior expertise que ele detém o controle fático sobre a fonte de perigo e, assim, o seu dever de agir para evitar o resultado pode lhe ser inequivocamente atribuído ao seu próprio âmbito de responsabilidade.²⁹⁴

O critério do *conhecimento de terceiro* exclui a responsabilidade do *Officer* enquanto garantidor de diagnóstico e comunicação caso algum membro diretivo tenha conhecimento do curso causal perigoso em andamento no momento em que surge o dever de agir para o CO. Assim, estará excluída uma inequívoca atribuição normativa de responsabilidade em conformidade com o critério de exclusão do conhecimento próprio de terceiro, de modo que a informação omitida perde todo o sentido para a evitação do resultado quando nada acrescentar ao conhecimento que já tem aquele que deve recebê-la. Todavia, se o destinatário da informação

²⁹³ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 280.

²⁹⁴ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 280/281.

a recebe por outro meio quando o dever de agir do CO já havia surgido, o dado concreto é relevante para o exame empírico da evitabilidade, segunda etapa estruturada por Schrott na análise da imputação do resultado à omissão.²⁹⁵

O critério da *configuração do cargo do primeiro garantidor em sistemas de prevenção de perigos* possibilita uma inequívoca atribuição normativa ao âmbito de responsabilidade do *Compliance Officer*, sobretudo porque quanto mais efetiva for a estrutura de diagnóstico e comunicação com o fim de evitar o perigo, mais significativa será a função que lhe é concedida no sistema e mais inequivocamente se atribui normativamente ao seu âmbito de responsabilidade o relevante dever de agir. O critério analisado evidencia a grande relevância de implementar um programa de *Criminal Compliance* efetivo, cuja competente gestão destinará para o *Officer* todos os canais relevantes de informação, relatórios e auditorias, garantindo-lhe o monopólio informacional necessário para execução de seus deveres. Não por outro motivo, caso o programa de integridade seja ineficaz (ou meramente “de fachada”), a deficiência informacional dos processos perigosos relevantes próprios da atividade empresarial excluirá a atribuição normativa de responsabilidade ao *Officer*.²⁹⁶

Por fim, o critério de *posição hierárquica* pressupõe que o *Officer* tenha autonomia técnica no seu âmbito de vigilância, o que implica dizer que não estaria ele submetido às ordens de seus superiores, sejam os membros diretivos, seja o *Chief Compliance Officer* (enquanto principal encarregado à frente do programa de integridade). Por essa razão, ainda que o *Officer* esteja posicionado em camadas inferiores (mesmo que internas ao departamento de *Compliance*), sua autonomia técnica não tem por efeito afastar uma clara atribuição normativa de responsabilidade. Se, porém, a conformação da função do *Chief Compliance Officer* excluir a autonomia no exercício das funções necessárias à supervisão do seu âmbito de vigilância, ou seja, quando sua atividade se desenvolver sob a dependência dos comandos da alta direção, não há no que se falar em delegação efetiva, razão pela qual a violação dos deveres será de responsabilidade exclusiva dos administradores.²⁹⁷

Superados os critérios da primeira etapa proposta por Schrott, na segunda etapa da estruturação da imputação do resultado à conduta omissiva, deve-se fazer o *exame empírico da evitabilidade*, cujo objeto se circunscreve na seguinte máxima: tendo sido lograda uma clara atribuição de responsabilidade ao *Compliance Officer* sob o ponto de vista exclusivamente normativo, haverá uma análise favorável à evitabilidade do resultado por meio de sua própria

²⁹⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 281.

²⁹⁶ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 281/282.

²⁹⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 282/283.

conduta omitida, a qual somente será afastada diante de circunstâncias concretas diretamente relevantes para o fato concreto, que permitam afirmar uma dúvida substancial quanto à hipótese de uma reação conforme ao dever do destinatário da informação (em regra, os dirigentes, ou, excepcionalmente, o *Chief Compliance Officer*) e, assim, da evitabilidade do resultado pelo hipotético cumprimento dos deveres do *Officer*. Assim, o exame empírico da evitabilidade impede uma fundamentação da imputação do resultado com bases em decisões puramente normativas, assentando-a também em bases empíricas.²⁹⁸

Surge, então, o crucial questionamento: se o *Compliance Officer* exercer estritamente os seus deveres de diagnóstico e posterior comunicação da informação coletada, teria o dirigente, enquanto destinatário da informação, atuado também em conformidade com seus deveres a tal ponto de evitar a ocorrência do resultado típico?

A solução proposta por Schrott, na perspectiva de Estellita, evidencia que a fragmentação do cumprimento dos deveres de vigilância entre dirigentes e o *Compliance Officer* estão agregados aos efeitos penais quanto à concentração da responsabilidade nas mãos dos primeiros (enquanto delegantes) ou do segundo (enquanto delegado). Isso quer dizer que o descumprimento do dever por parte dos dirigentes, quando comunicados, ainda que de forma deficitária, acerca da situação de perigo, representará uma dúvida substancial quanto à hipotética reação compatível com o dever da administração da empresa diante de uma comunicação completa e cabal do *Officer*, caso em que o risco de responsabilidade penal é transferido para os membros diretivos.²⁹⁹ Aqui há outro raciocínio favorável à predominância da teoria da evitabilidade em relação ao *Compliance Officer*.

À guisa de encerramento deste elemento objetivo do tipo, sintetizando o apresentado neste subcapítulo, o diálogo entre a normatividade e o exame empírico da evitabilidade na omissão imprópria é bem exposto por Tavares, quem afirma que

(...) a análise do critério da probabilidade nos limites da certeza é necessária para elucidar a relação entre a não realização da ação devida e a ocorrência do resultado. Essa análise não pode prescindir da relação entre ciência normativa e ciências naturais, uma vez que o próprio critério da probabilidade tem sua origem nos processos matemáticos e empíricos. Não basta, está claro, fixar parâmetros lógicos desse critério, mas, sim, explorar e pôr à prova sua capacidade de fundamentar o injusto dos delitos omissivos sob o enfoque de uma decisão delimitadora do dever de agir. Ver-se-á, ademais, que a decisão em torno do critério da probabilidade é também relevante para a determinação do dolo na omissão.³⁰⁰

²⁹⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 283.

²⁹⁹ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 284.

³⁰⁰ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 15.

Por mera provocação, há de se demonstrar a problemática da causalidade da omissão em ambientes corporativos cuja estruturação é extremamente complexa e exigem a ampla distribuição de tarefas, de modo que, entre a omissão do garantidor e o resultado típico, interpõe-se necessariamente a conduta omissiva de terceiro.

Por exemplo, nas omissões sucessivas, nas quais a causalidade da conduta omissiva inicial é mediada por omissões sucessivas de outros garantidores (encadeamento de omissões das condutas devidas ou causalidade psicologicamente intermediada), como seria o caso do *Compliance Officer* que deixa de comunicar a um dirigente a iminência da ocorrência de um crime relacionado à atividade empresarial e este último deixa de intervir para evitar o resultado típico em razão da falta de informações. Embora o exemplo prático se coloque entre os mais difíceis no campo da dogmática dos crimes omissivos³⁰¹, poder-se-ia argumentar que, mesmo que o *Officer* tivesse cumprido seu dever de garantidor, o dirigente não teria agido para evitar o resultado ou não há uma probabilidade próxima da certeza de que o faria – *eis a teoria da evitabilidade*, não podendo ser considerada a primeira omissão causal para o resultado, que era, assim, inevitável.³⁰²

Por fim, verifica-se que a análise da causalidade e da imputação objetiva do resultado ao *Compliance Officer*, especialmente nas hipóteses de omissão imprópria, permite delinear os contornos da tipicidade objetiva e estabelecer os limites de sua responsabilidade penal diante da estrutura funcional e normativa da empresa. A constatação de que o resultado típico pode ser objetivamente imputado ao *Compliance Officer* somente quando demonstrada a violação de um dever jurídico específico de agir, cuja inobservância cria ou incrementa o risco juridicamente desaprovado que se concretiza no resultado, encerra a etapa de verificação dos pressupostos objetivos do tipo penal.

Superada essa dimensão, impõe-se, finalmente, o exame sobre os elementos subjetivos da tipicidade, a fim de verificar em que medida o dolo ou a culpa podem ser afirmados no contexto de eventual conduta omissiva imprópria do *Compliance Officer*.

5.3 Tipicidade subjetiva

³⁰¹ A provocação de Estellita em trazer casos práticos reais que remetam à problemática dos crimes omissivos impróprios foi por ela advertida em sua obra, afirmando que as omissões simultâneas e sucessivas são merecedoras de estudos monográficos próprios. Não por outra razão, a própria autora se limita a fazer um “*breve esboço dos problemas e das soluções, remetendo-se o leitor curioso à bibliografia indicada nas notas para aprofundamento*”, inclusive apresentando diversos outros autores estrangeiros que colaboraram com a discussão no âmbito da criminalidade de empresa, cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 260/261.

³⁰² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 259/260.

Em diante, considerar-se-ão superados os elementos da tipicidade e imputação, ambas sob a perspectiva objetiva, da conduta omissiva imprópria. Por essa razão, adentrando a discussão sobre as premissas da tipicidade subjetiva, a posição de garantidor do *Compliance Officer* e seu dever de agir são circunstâncias já ultrapassadas dada sua própria configuração e a lógica cronológica na análise precedente dos elementos objetivos do tipo.

Sob essa perspectiva, dando continuidade à análise sucessiva dos elementos do tipo, não se pode desconsiderar que todo o debate dogmático outrora incitado em relação ao *Officer* deve, inevitavelmente, abordar um fato doloso ou culposos que lhe é atribuído na modalidade omissiva imprópria, ou seja, não é possível negligenciar a imprescindibilidade em se constatar um injusto de comportamento. Embora possa se afirmar que a complexidade da estrutura empresarial se apresenta como fundamento à imputação subjetiva do fato ao *Compliance Officer* em atenção às suas competências individuais de conhecimento, essa premissa conduz o raciocínio à indevida conclusão de que não interessa se ele tem ou não os conhecimentos necessários para a imputação dolosa, mas se em suas concretas circunstâncias pessoais presumidamente deveria tê-los.³⁰³

Em relação à imputação culposa, a retomada conclusão também não escapa da incongruência. Isso porque a problemática reside na afirmação de que a base de informação disponível permite que a imputação subjetiva culposa seja possível a despeito das dificuldades derivadas da distribuição seletiva da informação no fluxo compreendido entre as relações travadas pelo *Officer* com a alta direção, o que faria com o que descumprimento de seus deveres de vigilância acarrete sua responsabilidade culposa por eventuais delitos cometidos na empresa. Todavia, o raciocínio acima conduziria ao problema ulterior de saber se, rechaçados os conceitos unitários de autoria, caberia a participação culposa ou esta ficaria impute.³⁰⁴

Visando superar as problemáticas exemplificadas na imputação subjetiva, deve-se reconfigurar a imputação do conhecimento ao *Officer* em atenção às suas próprias competências funcionais e à estrutura hierárquica da empresa. Isso porque a divisão de tarefas, a delegação de funções e o direcionamento da informação em estruturas corporativas complexas dificultam que o departamento de *Criminal Compliance* conheça o alcance e o perigo de ações individuais em relação a determinados bens jurídicos, bem como a ilicitude penal do fato. Os imbróglios que dizem respeito à insuficiência de conhecimento têm sido abordados por novas formulações de elemento subjetivo do tipo baseadas exclusivamente no conhecimento do risco. Contudo, é preciso reconhecer que as dificuldades na imputação subjetiva não são totalmente resolvidas

³⁰³ CRESPO, *Definição da categoria...*, p. 47.

³⁰⁴ CRESPO, *Definição da categoria...*, p. 47.

recorrendo-se tão somente ao conhecimento do perigo gerado, uma vez que mesmo os elementos de julgamento quanto ao próprio perigo podem estar ausentes em estruturas empresariais complexas.³⁰⁵

Quanto mais há estratificação, mais camadas se interpõem no fluxo da informação da base à alta direção – *perpassando pelo setor de Criminal Compliance*, reforçado o perigo ínsito de filtragem da informação no âmbito de sua transmissão por meio das camadas intermediárias ou, também, de defeitos no próprio canal informacional. Assim, não será incomum que o *Compliance Officer* não tenha conhecimento da situação de perigo e, assim, quando muito, possa apenas ser responsabilizado a título de culpa, quando prevista. Por oportuno, a violação do dever de vigilância, por parte do *Officer*, que impede que o membro diretivo tome conhecimento da situação de perigo que aciona seu dever de intervir acarretará, no mais das vezes, em responsabilidade culposa dos dirigentes, o que demonstra a relevância na análise da existência, ou não, do conhecimento do CO.³⁰⁶

Em síntese, o impacto da divisão de tarefas na constituição do tipo subjetivo depende dos concretos feixes de competências e deveres correlatos do *Compliance Officer*. Delimitadas suas nuances genéricas, expor-se-á, a seguir, cada elemento do tipo subjetivo em relação ao *Officer*.

5.3.1 Culpa

Da mesma maneira que a imputação dolosa, a análise da omissão imprópria culposa deve se subordinar à estrutura dogmática da conduta omitida pelo garantidor e às limitações impostas à norma em função do substrato material que lhe deu origem. A inserção no tipo dos delitos culposos do dever de cuidado, decorrente da posição de garantidor, induz à consideração acerca da postura do agente em face de sua função, o que influi diretamente no processo de imputação do resultado³⁰⁷. Assim, sempre que o correspondente tipo de comissão admita a forma culposa, os delitos de omissão imprópria podem ser cometidos com culpa³⁰⁸.

Para além dos demais elementos integrantes do injusto dos delitos omissivos impróprios culposos já conhecidos, há, ainda, um outro componente não escrito: a cláusula de equivalência. Assim, o conteúdo do injusto do fato só se aperfeiçoa quando a realização do resultado

³⁰⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa*. Centro de Investigación Interdisciplinario de Derecho Penal Económico (CIIDPE), n. 1, p. 1-27, 2006, p. 20.

³⁰⁶ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 292.

³⁰⁷ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 438/439.

³⁰⁸ MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, p. 27.

decorrente da omissão do sujeito equiparar-se à sua produção por ação culposa. Essa cláusula, que também constitui uma extensão das condições delimitativas da posição de garantidor, embora não conste expressamente na legislação penal brasileira como elemento essencial aos crimes omissivos impróprios, é corolário do princípio da legalidade. Se inexistente, não se torna possível legitimar uma incriminação por omissão culposa, por falta de uma referência típica.³⁰⁹

No âmbito corporativo, a importância das diretrizes individuais na determinação da punibilidade por culpa torna-se ainda mais clara se, além da violação do dever de cuidado, for exigida a previsibilidade (possibilidade de reconhecer a prática do ato), uma vez que a prevenção do fato típico pela adoção das medidas corretivas adequadas depende decisivamente do conhecimento do perigo iminente – *eis a relevância da transmissão informacional à alta gestão corporativa atribuída ao Compliance Officer*. Se, de acordo com as diretrizes de conformidade, as medidas necessárias tivessem sido tomadas para evitar os perigos, a previsibilidade³¹⁰ do ato que levou à sua prática frequentemente não estará presente, excetuando se houvessem circunstâncias especiais que, no caso concreto, permitissem o reconhecimento do perigo iminente.³¹¹

Não obstante, o decisivo será, sempre, determinar qual espécie de delito está sendo imputado, ou seja, se é ou não admitida sua punibilidade por culpa. Por exemplo, em casos de homicídio ou lesões corporais, especialmente ligados aos danos causados por produtos ou por instalações da empresa, é possível a punibilidade culposa do *Compliance Officer*. Ainda que nos referidos âmbitos seja comum a designação de especialistas para a supervisão dos riscos exclusivamente técnicos associados aos produtos ou às instalações da empresa, pode remanescer nas funções do *Officer* um dever autônomo sempre que for ele o primeiro destinatário das informações fornecidas pelos profissionais especialistas, incumbindo-lhe, ainda, avaliar e submeter o diagnóstico das informações à alta direção da companhia, responsável por tomar as decisões preventivas ou repressivas necessárias. Assim, em síntese, mesmo se tratando de eventual supervisão de instalações técnicas por meio de especialistas, há campo para se considerar uma possível responsabilidade culposa do *Officer*.³¹²

³⁰⁹ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 441.

³¹⁰ Em razão das próprias particularidades da negligência enquanto modalidade de culpa, incumbe ao agente poder prever a realização do tipo e reconhecer a possibilidade de evitação do resultado. Assim, juntamente com o reconhecimento do cuidado objetivo, a previsibilidade e a evitabilidade da realização do evento integram o tipo dos delitos omissivos impróprios culposos, estando, inclusive, indissolavelmente vinculados à norma mandamental. (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 439 e 445).

³¹¹ SIEBER, *Programas de compliance en el derecho penal...*, p. 90.

³¹² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 293.

Muitas imputações de crime empresarial não comportam a modalidade culposa, a exemplo do delito de lavagem de capitais ou corrupção (ativa ou passiva). Não sob outra perspectiva, a complexidade do fluxo informacional, a ampla delegação de tarefas e a divisão horizontal de trabalho são circunstâncias que limitam a responsabilidade penal do *Compliance Officer*; considerando que muitas vezes há no que se falar em mero desconhecimento da situação típica existente sob a gestão do programa de integridade (em razão da violação de seu dever de vigilância), o que faz com sua conduta omissiva seja amparada por erro de tipo. Logo, embora seu dever de agir se encontre violado, exclui-se o dolo de sua omissão, permitindo sua punibilidade apenas por culpa, caso existente.

Dessa forma, em que pese a omissão contributiva do *Compliance Officer* com o resultado lesivo, não são raras as vezes que a violação de seu dever de supervisão sobre as tarefas dos membros da empresa limite sua responsabilidade à esfera culposa, caso a imputação delitiva comporte a referida modalidade. A ressalva reside em eventual omissão do *Officer* com intuito único de permitir ou facilitar a prática delitiva por ele verificada, o que possibilitaria sua punibilidade a título de dolo. Não sendo o caso da referida exceção e o tipo penal não comportando culpa, estar-se-ia diante de uma omissão atípica.³¹³

Neste ponto, um breve parêntese para expor as particularidades das modalidades de culpa dignas de destaque se faz necessário. Na omissão, é certo que o sujeito deixa de realizar uma ação que era devida de maneira a violar os limites do risco autorizado, o qual lhe exigia uma atuação se presentes as circunstâncias que permitissem a identificação do processo lesivo que seria consequência de sua inação. Para tanto, caso o sujeito conheça os limites do risco e aceite os violar por meio de sua inatividade, sem, contudo, querer o resultado lesivo, há a culpa consciente e, caso não realize voluntariamente a atividade exigida por desconhecer que sua omissão violaria o risco autorizado, fala-se em culpa inconsciente.^{314,315,316}

A despeito do limitado espectro de possíveis delitos imputados ao *Compliance Officer* em razão de seu específico dever de agir, não se pode permitir a ampliação irrestrita da punibilidade culposa nos referidos crimes econômicos, sobretudo em razão da natureza residual

³¹³ GÓMEZ-ALLER, *Posición De Garante Del Compliance Officer...*, p. 180.

³¹⁴ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 259.

³¹⁵ Exige-se, na omissão imprópria, que o indivíduo tenha podido saber que o resultado era reprovado pela ordem jurídica e, ainda, se lhe era exigido impedir o resultado em razão de sua condição de garantidor. (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 443).

³¹⁶ Na omissão imprópria, “se o sujeito deixa o resultado ao acaso, só haverá lugar à culpa consciente e não ao dolo. A culpa está assim configurada: o sujeito tem consciência de que o resultado é provável nos limites da certeza e de que sua atuação é necessária; mas não incorpora essas circunstâncias em sua vontade, porque não se pode orientar por ela ao deixar ao acaso o resultado. Deixando o resultado ao acaso, o sujeito viola uma norma de cuidado, porque deveria tê-la em conta como elemento de orientação de sua conduta.” (TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 384).

das normas criminais (em respeito ao princípio da intervenção mínima) em relação aos âmbitos extrapenais de regulamentação.

Aliás, se assim o fosse, legitimar-se-ia o alcance das esferas extrapenais ao próprio conteúdo das elementares objetivas dos tipos penais empresariais, impossibilitando a compreensão do conteúdo proibitivo e, pior, perdendo a potencialidade preventivo-geral própria da ameaça da sanção penal. Por temor de uma punibilidade exacerbada, não se pode ignorar, ainda, a inevitável e indesejada redução (ou até paralisação) da atividade econômica nos segmentos abarcados pelas grandes plantas industriais ou pelos produtos e serviços em que o elemento risco é presumidamente maior, por receio às punições criminais que seriam irrestritas e infundadas.³¹⁷

Exposta a excepcionalidade da culpa como elemento subjetivo atribuível ao *Compliance Officer*, passa-se, a seguir, à análise das possibilidades de imputação dolosa por delitos praticados sob a égide do programa de *Compliance* por ele gerido.

5.3.2 *Dolo*

No âmbito omissivo impróprio, o dolo se refere às demais circunstâncias abarcadas pelo tipo objetivo nos crimes omissivos. Isso quer dizer que o omitente que atua dolosamente deve ter reconhecido a situação típica de perigo ao bem jurídico, aceitando, em sua ação intencional, a ausência da conduta que lhe era exigida como garantidor, estando plenamente ciente de sua possibilidade físico-real de praticá-la. Nos delitos omissivos impróprios, acrescentam-se, ainda, dois requisitos essenciais ao dolo. Para além das circunstâncias que justificam a imputação do resultado, o omitente deve ter consciência dos fundamentos materiais de sua posição de garantidor e da correspondência de sua omissão com a correlata conduta comissiva.³¹⁸

Assim, nos delitos omissivos impróprios dolosos, o dolo requer o conhecimento da situação que gera o dever de agir (o que significa, basicamente, a suspeita da ameaça de produção do resultado), o conhecimento das circunstâncias que fundamentam a posição de garantidor e das que fundamentam a possibilidade de agir³¹⁹. Para reconhecer o dolo, é insuficiente, portanto, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para a realização da ação omitida, sendo necessário, ainda, a demonstração de que o agente optou por não executar a ação possível e necessária³²⁰.

³¹⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 298/299.

³¹⁸ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 816/817.

³¹⁹ BACIGALUPO. *Derecho penal: parte general*, p. 562.

³²⁰ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 379/380.

Em outros termos, como nos delitos omissivos próprios, o dolo na omissão imprópria requer a representação da possibilidade e da necessidade de agir, isto é, a consciência simultânea da situação perigosa para o bem jurídico, do poder de fato quanto à ação omitida e da possibilidade físico-real de levar a efeito a ação ordenada. Aos referidos elementos intelectivos, entretanto, têm de ser acrescidas a representação coexistente da probabilidade de evitar o resultado típico e de encontrar-se o autor em posição de garantia.³²¹

Não bastasse, considerando o clássico paradigma da *autoria direta dolosa individual*, a descentralização do poder e a divisão de funções e tarefas causam, igualmente, impactos sobre os pressupostos subjetivos de imputação de responsabilidade penal omissiva imprópria. A descentralização da obtenção de dados e a estruturação de canais ou fluxos informacionais atendem à impossibilidade de lidar com grandes quantidades de informação, mas também atendem à necessidade de expertise para a análise e tradução dos dados de forma que os membros diretivos possam tomar as decisões necessárias em tempo adequado para a prevenção do fato típico existente.³²²

Por essa razão, adquire especial importância a configuração normativa outrora conferida à imputação subjetiva em relação às competências próprias de conhecimento do agente, extraídas de seus limites funcionais de atuação no âmbito corporativo³²³. Especificamente quanto à imputação dolosa do *Compliance Officer*, caso, a partir das informações recebidas e do regular exercício de suas funções de vigilância, ele tenha condições de adquirir o conhecimento necessário para formar um juízo claro sobre o risco decorrente de sua inação e, ainda assim, opte deliberadamente por permanecer inerte, poderá ser discutida a possibilidade de responsabilização penal a título de dolo. Se, ao contrário, o cumprimento das competências de informação e supervisão não lhe tiver permitido acessar os dados necessários para elaboração

³²¹ MUNHOZ NETTO, *Os crimes omissivos no Brasil*, p. 26.

³²² ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 297.

³²³ Os limites funcionais da atuação do *Compliance Officer*, quando comparados à autonomia que lhe é concedida pela alta direção corporativa, ganham destaque na discussão sobre eventual coautoria. Isso porque, do ponto de vista da responsabilidade penal, poder-se-ia partir da ideia de que os *Officers* não possuem um dever de vigilância sobre os procedimentos internos da empresa, mas sim deveres limitados, voltados fundamentalmente ao controle dos atos decisórios mais relevantes dos dirigentes. Nesse cenário hipotético, os restritos deveres autorizariam os *Officers* a impedirem determinadas medidas tomadas pela própria administração, não lhes sendo permitido, contudo, impô-las, sob pena de violação da autonomia funcional dos órgãos diretivos. A despeito disso, a separação das competências dentro da empresa leva à conclusão de que podem não ser raros os casos de coautoria entre os dirigentes e os *Compliance Officers*. A coautoria somente poderia ocorrer se, por exemplo, os estatutos da sociedade estabelecessem a participação necessária do CO em certas atividades negociais dos dirigentes (como um direito de veto) ou no caso de uma assunção de fato das competências administrativas (GARCÍA CAVERO, *La imputación jurídico-penal a los miembros...*, p. 23).

de seu diagnóstico, não haverá no que se falar em responsabilidade penal do CO a título de dolo.³²⁴

Logo, exigindo o dolo, como componente *sine qua non*, o conhecimento das elementares do tipo objetivo, é evidente o impacto que esses fenômenos terão na formação do elemento cognitivo do dolo nas camadas superiores da hierarquia societária, o que inclui o *Compliance Officer*. Respeitadas suas limitações funcionais, para que o *Officer* possa intervir na situação de perigo criada por um membro da empresa e comunicar a ocorrência do ilícito à alta direção, é imprescindível o pleno conhecimento da situação típica, posto que um dos elementos do tipo objetivo dos crimes omissivos. Como as modalidades de tipicidade subjetiva dependem do grau de conhecimento que os agentes têm da situação de perigo e considerando a fragmentação da informação nas estruturas societárias complexas, é mais comum que eventual desconhecimento decorra da falta de cuidado, ou seja, tratar-se-ia de uma ignorância contrária ao dever de vigilância e, portanto, culposa. Como visto, a previsão da responsabilidade penal é, porém, escassa no espectro das figuras típicas que se costuma alocar sob a tutela do Direito Penal Econômico.³²⁵

Não sendo raras as vezes em que a complexidade estrutural da pessoa jurídica lhe impõe distâncias significativas entre seu cargo e a situação típica de perigo gerada por outro membro da empresa, deve o *Compliance Officer* exercer, com a eficácia devida, seus deveres de supervisão, o que pode ocorrer por intermédio da implementação dos mais diversos mecanismos já vistos neste trabalho, disponíveis na gestão do programa de integridade³²⁶. Sem embargo do procedimento adotado, caso a situação típica de perigo alcance a esfera de conhecimento do *Officer* enquanto garantidor, o primeiro requisito do dolo no âmbito omissivo impróprio estará plenamente configurado.

Por oportuno, considerando as inúmeras possibilidades de manifestação³²⁷ do estado de cegueira deliberada em que o agente pode se inserir para tentar se esquivar de sua

³²⁴ GARCÍA CAVERO, *La imputación jurídico-penal a los miembros...*, p. 20.

³²⁵ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 298.

³²⁶ Há de se rememorar, neste ponto, os diversos mecanismos que aperfeiçoam o fluxo informacional interno na empresa, possibilitando que as relevantes informações cheguem ao conhecimento do *Compliance Officer* e lhe permitam agir, a tempo e modo corretos, a fim de comunicar à alta direção a ocorrência do ilícito constatado, destacando-se a implementação de uma cultura de cumprimento, mapeamento de riscos, adoção de medidas preventivas à contenção dos perigos, sistemas internos de comunicação (incluindo canais anônimos de denúncia) e de sanções preestabelecidas, códigos de conduta, treinamentos periódicos, entre outros (COCA VILA, *¿Programas de cumplimiento como forma...*, p. 56/59).

³²⁷ “A postura de cegueira deliberada pode ser adotada, conforme dito linhas acima, tanto após a obtenção de indícios ou informações incompletas, capazes de gerar alguma desconfiança ou dúvida em determinado sentido, mas não conhecimento pleno, quanto antes mesmo da obtenção de qualquer elemento indiciário e da formação de qualquer suspeita. Em ambos os casos, pode ser adotada qualquer das posturas indicadas: a cegueira

responsabilidade dolosa, para os fins deste trabalho, vale aquela em que o garantidor opta por não tomar conhecimento de determinada situação fática que deveria estar ciente. No caso do *Compliance Officer* enquanto garante, trata-se de cenário em que há um desconhecimento provocado, consciente, produto de uma decisão do sujeito no sentido de não obter a informação que lhe era acessível. Logo, delimita-se a cegueira de liberada do *Officer* àquelas situações em que ele, enquanto garantidor por vigilância, não possui conhecimento da situação típica de perigo apenas porque decide, consciente e livremente, não permitir que ele chegue a si, conhecimento este que lhe é alcançável e, caso não fosse a barreira deliberadamente imposta, atingiria sua esfera de consciência regularmente.³²⁸

Veja-se um exemplo. No curso da gestão do programa de integridade e em rigorosa observância às diretrizes internas, um integrante da pessoa jurídica comunica ao *Officer* a ocorrência de possível ilícito de natureza tributária. Caso o resultado lesivo venha a se concretizar sem que o CO adote qualquer providência (seja para informar o fato à alta administração ou, ao menos, para averiguar sua veracidade), poderá ser suscitada a discussão acerca de sua eventual responsabilidade a título de dolo eventual, considerando que ele teria se colocado deliberadamente em situação de cegueira, com o propósito de não averiguar a origem ou a veracidade da comunicação que lhe foi encaminhada.

A autocolocação em situação de ignorância deliberada diz respeito, portanto, à criação proposital de barreiras para que a gama de informações sobre as situações típicas de perigo não alcancem a esfera de conhecimento do agente. Conhecimento este que, se por um lado presente, permite a configuração do dolo, mas se ausente, escancara a brecha de punibilidade nas hipóteses em que o delito não prever a modalidade culposa por força do texto legal do art. 20, *caput*, do Código Penal brasileiro. É o caso, por exemplo, em que o *Compliance Officer*, enquanto responsável pela implementação de medidas do programa de *Criminal Compliance*, intencionalmente opta por não criar um canal próprio de comunicações direcionado às eventuais suspeitas de lavagem de dinheiro, com o intuito de impossibilitar que qualquer origem possivelmente ilícita dos recursos geridos pela pessoa jurídica chegue ao seu conhecimento.

A despeito de seus variados contextos que estabelecem barreiras ao conhecimento, certo é que a cegueira deliberada em relação ao *Compliance Officer* não se configura nos casos em que o desconhecimento for fruto de negligência, de incompetência ou de má-fé de terceiros³²⁹.

deliberada passiva (não realização de pesquisas possíveis) e a ativa (efetiva oposição de barreiras à chegada do conhecimento a si)". (GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 42).

³²⁸ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 85.

³²⁹ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 85.

Assumindo, em verdade, a condição de subterfúgio para saltar o óbice evidente que é a exigência do elemento cognitivo ou intelectual do dolo, muitos dos casos que cobriam uma imputação subjetiva por cegueira deliberada já são puníveis como formas de prática do crime de dolo eventual, porque o agente toma medidas para evitar obter o conhecimento de certo tipo de informações o fazendo necessariamente com base em uma razão originária que pressupõe um mínimo conhecimento, que nada mais é do que o grau mínimo de conhecimento exigido para o próprio dolo eventual³³⁰.

Considerando sua própria complexidade na esfera dos delitos omissivos impróprios, dedicar-se-á, a seguir, algumas linhas ao dolo eventual para, na sequência, analisar sua imputação em relação ao *Compliance Officer*.

Conceituando-o, o dolo eventual é o limite inferior e a forma “mais débil” de manifestação do dolo, considerando que tanto o elemento intelectual quanto o elemento volitivo estão com precária carga de intensidade. Em relação ao primeiro, basta que o agente tenha representado o resultado como possível. No que diz respeito ao segundo, não há necessidade do *querer* em sentido extremo, basta que o agente tenha assumido o risco de produzir o resultado.³³¹

Ao contrário do dolo direto, no dolo eventual, a produção do resultado já não aparece nem como seu objetivo, tampouco como sua consequência necessária, mas sim como consequência ocasional relacionada a circunstâncias paralelas, concomitantes ou consequentes à conduta realizada. Para compor o dolo em sua modalidade eventual, é preciso, portanto, que a relação entre a necessidade da atuação e a verificação do resultado se veja alcançada também pela decisão do agente no sentido de não agir.³³²

Logo, a imputação subjetiva na omissão a título de dolo eventual depende, pois, de uma decisão precisa do indivíduo que demonstre que sua vontade se congregue em torno de não realizar a conduta, o que descarta a possibilidade de o sujeito deixar o resultado ao acaso. Inclusive, se assim o for, a orientação subjetiva do agente, centrada na vontade, não se efetiva em face da probabilidade nos limites da certeza de sua ocorrência, nem em face da necessidade de sua atuação. Se o sujeito orienta sua conduta por esses parâmetros e decide, assim, não agir, opera ele com dolo; se não o fizer, mesmo que tenha consciência acerca da probabilidade de o evento ocorrer, só poderá atuar com culpa.³³³

³³⁰ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 292.

³³¹ VIANA, Eduardo. *Sobre a estrutura do dolo*. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 77, p. 61-107, 2020, p. 73/74.

³³² TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 382.

³³³ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 382/383.

Feita sua breve conceituação, estabelece-se os limites da configuração do dolo eventual em relação ao *Compliance Officer*:

Dada a tão explorada divisão de funções no âmbito empresarial e em razão da importância de seu cargo, nos casos em que o *Officer* descumpra seus deveres de vigilância, diagnóstico e posterior repasse informacional, deve-se falar muito mais em omissão culposa, como já visto. Por outro lado, no contexto em que há uma violação de seu dever de comunicação que se liga, umbilicalmente, à aquisição preventiva de informações sobre o possível ilícito constatado, restará configurada a componente cognitiva do dolo, ainda que em sua modalidade eventual.³³⁴

Nesta perspectiva, exercendo seu dever de vigilância e comunicação, se o *Compliance Officer* não vislumbra uma possibilidade efetiva de a alta direção impedir a prática do ilícito, por qualquer motivo que seja, não pode ser ele punido por um fato omissivo doloso, considerando não estarem configurados os pressupostos de nenhuma modalidade de dolo. Especificamente em sua modalidade eventual, não há no que se falar em imputação dolosa se o *Officer* decide não agir se ele não contempla nenhuma possibilidade de evitar o resultado, conclusão que, inclusive, não pode ser invalidada com mera referência a uma eventual “indiferença” de sua parte.³³⁵

Para que seja possível lhe atribuir suposta omissão a título de dolo eventual, é preciso que o *Compliance Officer* incorpore, em sua vontade, a probabilidade nos limites da certeza de que sua ação contribuirá com a prevenção do resultado pela alta direção, decidindo, a partir de então, não atuar. O que não se confunde, portanto, com seu desinteresse ou displicência em deixar o resultado à deriva de sua realização. Em outros termos, se o *Officer*, exercendo seu dever legal de garantia, não atua para comunicar a prática de um ilícito aos membros diretivos e impedir o resultado porque pouco se importa com sua realização, sua indiferença não é suficiente para configuração do dolo eventual.³³⁶

Não por outra justificativa, a maioria dos casos em que o *Officer* desconhece as circunstâncias ínsitas à situação típica de perigo que por ele deveria ser constatada deve-se a sua simples falta de atenção, acarretando, assim, sua responsabilização culposa, se possível for. E mais, o próprio desconhecimento da situação típica (isto é, o não reconhecimento do perigo) também pode se derivar de uma indiferença do CO quanto à realização do resultado lesivo e, da mesma maneira, seu desconhecimento geraria no máximo uma imputação culposa. Por outra

³³⁴ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 293.

³³⁵ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 817.

³³⁶ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 383.

ótica, para a configuração do dolo eventual, caso o *Compliance Officer* parta do pressuposto que inexistente qualquer possibilidade concreta (nos limites próximos da certeza) de contribuir para a prevenção do resultado, basta que ele permaneça inativo frente à iminente prática do ilícito penal e consinta com a estrita vinculação entre o risco de produzir o resultado e a sua própria omissão.³³⁷

A relevância na análise da configuração do dolo em sua modalidade eventual ganha especial relevo quando se fala na exclusão da imputação dolosa por reconhecimento do erro nas elementares do tipo.

Em qualquer de suas modalidades, o dolo está sujeito à mesma relação lógica de exclusão entre o conhecimento e o erro presentes nos tipos dolosos comissivos: se, por um lado, o dolo pressupõe o conhecimento da situação típica de perigo ao bem jurídico, da capacidade de agir e, ainda, da própria posição de garantidor, por outro, o erro acerca de qualquer desses elementos do tipo omissivo afasta o dolo³³⁸. A diferença entre o dolo e o erro de tipo reside na presença, ou ausência, de domínio do indivíduo sobre sua própria conduta: se plenamente dominada pelo agente, a conduta não se encaixa no conceito de erro de tipo, ainda que lhe falte conhecimento perfeito de todas as elementares típicas³³⁹. O retromencionado conceito se limita a abarcar, assim, condutas fruto de descontrole por parte do agente sobre a percepção dos fatos que lhe circundam e do próprio sentido social de seu comportamento, o que somente se manifesta por meio da equivocada representação da realidade fática, mas não da ausência de representação, ou seja, do desconhecimento em si.³⁴⁰

Aliás, no dolo eventual, embora possa lhe faltar conhecimento concreto, não se pode ignorar que o indivíduo possui pleno domínio sobre sua conduta, a qual se baseia na suspeita do fato ilícito e não em seus meros equívocos. O agente não crê estar cometendo algo diferente do que realmente está praticando, razão pela qual o desvalor de sua ação restará configurado mesmo diante de sua dúvida. Em outros termos, o desvalor da conduta reside no fato de o sujeito, mesmo suspeitando que, ao assim agir, lesionará ou exporá o bem jurídico digno de tutela penal à perigo, decide executar sua ação ao invés de investigar previamente as circunstâncias que embasam sua suspeita ou, ainda, se abster de praticar a referida conduta.³⁴¹

³³⁷ ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 818.

³³⁸ SANTOS, *A moderna teoria do fato punível*, p. 140.

³³⁹ “Quando o agente, empenhando a diligência cabível nas circunstâncias concretas, não tinha a possibilidade de adquirir consciência sobre os elementos típicos objetivos, a ação será atípica quanto ao tipo dolo e quanto ao tipo culposo”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito penal brasileiro: teoria do delito*, p. 290).

³⁴⁰ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 119.

³⁴¹ GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 120.

Para a configuração do dolo eventual, basta, portanto, a dúvida quanto à concorrências da elementares típicas na conduta. Agindo assim, o sujeito comete objetivamente a conduta típica suspeitada e, conseqüentemente, responderá penalmente a título doloso, não lhe aproveitando a figura de erro de tipo. Portanto, o ordenamento jurídico-penal brasileiro admite a aplicação de pena referente ao dolo quando ausente o conhecimento fático pleno, do que se conclui que o conhecimento/desconhecimento dos fatos não pode ser o elemento diferenciador entre dolo e erro de tipo.³⁴²

Para além disso, considerando o estrito objeto deste estudo, não há que se confundir o erro sobre a posição de garantidor com o erro sobre o dever jurídico de agir para contribuir com a evitação do resultado. No primeiro, o omitente desconhece que se encontra revestido da condição que o faz responsável pela preservação do bem jurídico alheio. No segundo, embora não desconheça sua real posição de garantia, o sujeito supõe que a ordem jurídica o dispense de seu dever legal de agir, como é o caso do *Compliance Office* que julga não mais possuir qualquer dever de vigilância remanescente quando ele delegar suas tarefas de supervisão aos demais indivíduos na empresa. Este último é modalidade de erro de proibição (mandamental) e como tal deve ser tratado.^{343,344,345}

Especificamente em relação ao *Compliance Officer*, há de se registrar que os cenários mais relevantes vislumbrados em organizações empresariais complexas são aqueles em que o

³⁴² GONÇALVES, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio...*, p. 168.

³⁴³ NETTO, *Os crimes omissivos...*, p. 26/27.

³⁴⁴ O erro de tipo incide sobre elementos do tipo e exclui invariavelmente o dolo, restando apenas a possibilidade de considerar uma tipicidade culposa quando exista a previsão legal expressa de correspondente modalidade culposa e seja o erro vencível. O erro de proibição, por sua vez, incide sobre a natureza antinormativa e antijurídica da conduta. Ao contrário do erro de tipo, o erro de proibição de nenhuma forma afeta o dolo, que subsiste íntegro ao nível do tipo subjetivo. O erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade como consequência da eliminação da consciência da ilicitude e, se evitável, apenas reduz a culpabilidade. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito penal brasileiro: teoria do delito*, p. 289). Especificamente na omissão, aquilo que se manifesta nos delitos comissivos como erro de proibição aparece nos delitos omissivos como erro de mandamento: o omitente conhece as circunstâncias reais, mas delas não extrai a consequência de seu dever de agir. Logo, a distinção entre erro de tipo e de mandamento tem, nos delitos omissivos, a seguinte consequência: aquele que não conhece um pressuposto objetivo (descritivo ou normativo) de seu dever de agir encontra-se em um erro de tipo que exclui o dolo omissivo. Todavia, aquele que está consciente de todas as circunstâncias objetivas e, ainda assim, considera não estar obrigado a agir, incorre em erro de proibição (ROXIN, *Derecho penal: parte general - tomo II...*, p. 818). Considerando seu fio condutor se estabelecer na tipicidade, este trabalho vai se abster de examinar o erro de proibição mandamental (enquanto elemento da culpabilidade).

³⁴⁵ “O agente, quando incide em erro de proibição, perfaz perfeitamente o juízo de tipicidade, possui consciência atual e a vontade de realizar os elementos contidos no tipo, logo, resta perfeito o dolo. Entretanto, o sujeito ativo não conhece a reprovação de sua conduta ou faz uma má interpretação sobre a reprovabilidade de seu comportamento, afastando a culpabilidade por falta de consciência de antijuridicidade, o que para os finalistas é um elemento autônomo dentro do juízo de culpabilidade. O erro de proibição se distingue do erro de tipo porque neste último o agente crê realizar uma ação diversa da que pratica, ou seja, a análise subjetiva daquilo que pretende realizar é diversa da exteriorizada”. (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade: crítica à presunção do conhecimento da lei penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p. 127).

profissional esteja em erro sobre alguma das elementares objetivas do tipo no âmbito omissivo impróprio. Ou seja, são os casos em que o *Officer* se encontra em erro sobre a situação típica constatada, sua possibilidade jurídica de agir ou, ainda, a influência prática de sua ação na contribuição que visa evitar o resultado.

Por exemplo, em uma indústria multinacional, os departamentos operacionais asseguram que o processo de descarte de resíduos industriais está dentro das normas ambientais vigentes. A informação é repassada ao *Compliance Officer*, sem que haja a exposição técnica de dados conclusivos sobre eventuais riscos de contaminação. Confiante na veracidade dos relatórios internos, o CO realiza apenas a necessária análise documental, sem perquirir possíveis elementos que indicariam ameaça real ao meio ambiente. Posteriormente, descobre-se que o método de descarte utilizado causou impacto significativo, configurando ilícito penal de natureza ambiental. Nesse caso, considerando a complexidade técnica da matéria, por não dispor de informações claras sobre o perigo que aquele procedimento oferecia à época da análise, não haveria no que se falar em imputação penal considerando que o *Compliance Officer* incorreu em erro de tipo sobre a situação de perigo por inexistência do elemento subjetivo quanto ao resultado ilícito, o que o impede de ser responsabilizado dolosamente.

Na mesma linha, é a hipótese do *Compliance Officer* que assume contratualmente tão somente o dever de vigilância (eis que se trata da regra), sem possuir em suas atribuições contratuais funções de atuar repressivamente frente a ilícitos eventualmente constatados. Com base no restrito rol de tarefas que lhe incumbem, o CO se mantém inerte diante de um iminente risco ambiental emergente identificado em relatórios internos, justamente por concluir que ele não detém capacidade jurídica para executar medidas repressivas que poderiam impedir concretamente a ocorrência daquele ilícito. Posteriormente, em uma análise prática (e não contratual) dos limites de sua atuação, comprova-se que a ação repressiva do CO era não só legítima, mas esperada e necessária, o que lhe exigiria ter adotado imediatamente medidas para evitar o dano ambiental. Embora sua omissão seja penalmente relevante, no cenário hipotético, o *Compliance Officer* incorre em erro de tipo quanto à possibilidade jurídica de sua atuação, pois sua inércia decorre da falsa premissa de que seu dever se limitava à mera vigilância, sem capacidade para agir repressivamente. Essa crença equivocada, fundada no conteúdo restrito de suas atribuições contratuais, para além de afastar o dolo em razão da falta de consciência da obrigação legal de intervir para evitar o dano, exclui sua responsabilidade penal dolosa. Trata-se, inclusive, de exemplo que reforça a necessidade em se analisar, simultaneamente, o paradigma entre as funções contratualmente assumidas e as efetivamente exercidas pelo *Compliance Officer*.

Por fim, outro cenário ilustrativo seria aquele em que o *Compliance Officer* de uma empresa atua no monitoramento de riscos ambientais e na prevenção de práticas ilegais, deveres contratualmente formalizados e efetivamente exercidos em sua rotina profissional. Ao identificar, por meio de relatórios internos, um possível risco de contaminação em determinada área industrial, o *Officer* adota as medidas preventivas que, segundo as informações que lhe eram disponíveis, seriam suficientes para mitigar o perigo. No entanto, a complexidade técnica do caso demanda medidas adicionais específicas, cuja necessidade não lhe foi informada, tampouco há dispositivos internos claros sobre protocolos mais rigorosos. Por essa razão, o CO acredita, razoavelmente, que sua intervenção, consistente em reforçar controles documentais e fiscalizações periódicas, é eficaz para evitar o dano ambiental iminente. Apesar dessas ações, ocorre o dano ambiental, resultado que teria sido evitado caso o CO tivesse aplicado procedimentos mais rigorosos e especializados. Neste contexto, o CO incorre em erro de tipo sobre a eficiência da conduta devida, considerando que sua crença quanto à suficiência das medidas adotadas é fundada na falta de informações técnicas claras e na ausência de orientação detalhada da alta direção ou de especialistas ambientais. Assim, pela falta de consciência sobre a ineficácia da sua intervenção, não há dolo, afastando-se, portanto, sua responsabilidade penal a título doloso.

Em todos os cenários ilustrativos mencionados, o erro de tipo incidente em cada hipótese possui uma origem em comum: o fluxo informacional.

Como já visto, nas grandes corporações potencialmente ameaçadoras aos bens jurídicos supraindividuais (sobretudo as transnacionais), a divisão de trabalho e a delegação de tarefas são medidas imprescindíveis ao efetivo funcionamento da pessoa jurídica, especialmente nos setores internos que exigem particular experiência de seus membros, como no caso do indivíduo responsável por gerir o *Criminal Compliance*. Sob essa ótica, é possível traçar um paralelo: quanto mais complexa a estrutura da empresa, mais difícil é identificar um membro em que a criação e a consequente participação no risco coincidam. Logo, o desmembramento entre a atividade diretiva, a disponibilidade de informações e o efeito poder de decisão representa o problema basilar na imputação subjetiva de responsabilidade.³⁴⁶

A realidade acima exposta faz com que a tradicional imputação individualizada enfrente diversos obstáculos nas sociedades empresariais caracterizadas pela intensa divisão (horizontal e vertical) e descentralização de funções. Não só isso, o fracionamento do fluxo informacional afeta diretamente o *Compliance Officer* enquanto profissional responsável por canalizar e

³⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Autoria e participação em organizações...*, p. 28.

repassar informações relevantes que possam contribuir para a prevenção da prática de ilícitos penais. Por isso, simultaneamente exercendo a função de destinatário de comunicações oriundas de outros membros e remetente do diagnóstico aos dirigentes, o *Officer* é alçado automaticamente à condição de acusado nas hipóteses em que a transmissão informacional é defeituosa ou inverídica, justamente por ser ele o profissional que deveria garantir, por meio de seus deveres de vigilância, a filtragem dos dados necessários à prevenção delitiva no exercício regular da empresa.

Com relação aos erros eventualmente causados por falhas do *Compliance Officer* no repasse das informações aos dirigentes (destinatários principais e garantidores originários), algumas particularidades à guisa de conclusão merecem destaque, muito embora a responsabilidade destes últimos não seja o objeto deste trabalho. Em regra, a omissão dos dirigentes em agir para evitar o resultado em casos em que a empresa possua um programa de *Criminal Compliance* derivará de erro de tipo por desconhecimento da situação típica de perigo, cuja origem da falta de conhecimento decorre da omissão do *Officer* que não transmite a informação devida ou a transmite de forma incompleta. A implementação de um programa efetivo de integridade (e não meramente “de fachada”) é indício da ausência de dolo, mesmo em sua modalidade eventual, dos membros da alta direção da empresa, permitindo, como visto, a punibilidade por culpa, se tipicamente possível.³⁴⁷

A omissão acima há de ser diferenciada, contudo, daquela na qual a comunicação do *Compliance Officer* aos membros diretivos se faz acompanhar, por exemplo, de uma orientação sobre o caráter lícito de uma conduta exercida por um subordinado. Nesse caso específico, os dirigentes, enquanto garantidores originários, possuem conhecimento de todas as circunstâncias objetivas mas erram, todavia, quanto à proibição do ato que está na iminência de ser praticado e, conseqüentemente, avaliam como inexistente seu dever de agir para impedir o resultado. Desta forma, no cenário proposto, haveria de se investigar tão somente um possível erro de proibição, não mais um erro de tipo.³⁴⁸

Sejam os dirigentes, seja o *Compliance Officer*, majoritariamente, os delitos praticados no exercício regular da empresa se limitam, no âmbito omissivo impróprio, ao elemento subjetivo culposo (quando possível for), sobretudo quando se trata de um desconhecimento das elementares típicas oriundo da violação dos deveres de vigilância sobre as tarefas individuais dos membros inseridos nas camadas inferiores da pessoa jurídica. Exemplo notório é o colaborador que não exerce, com eficácia necessária, as funções que lhe foram delegadas,

³⁴⁷ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 293.

³⁴⁸ ESTELLITA, *Responsabilidade penal...*, p. 293/294.

omitindo informações relevantes que deveriam ser repassadas ao *Officer*, quem, por sua vez, estará amparado por erro de tipo em caso de eventual omissão penalmente relevante, justamente por estar em um contexto evidente de desconhecimento pleno da situação típica de perigo existente ou, ainda, quanto à sua possibilidade jurídica de agir para contribuir com a evitação do resultado.

O que não se pode permitir é a condenação do *Compliance Officer* sob a alegação, sem qualquer respaldo fático, de que ele violou seus deveres de supervisão e poderia ter conhecimento da situação típica de perigo. Em que pese possa se demonstrar que o *Officer* se autocolocou em um estado deliberado de cegueira, como já se expôs neste trabalho, o desconhecimento proposital das elementares típicas não permitirá sua responsabilidade dolosa caso não haja comprovação da assunção consciente do risco exigido pela modalidade eventual do dolo, o que permitirá, assim, tão somente a imputação culposa do fato típico, se possuir previsão legal, em razão do inafastável erro de tipo incidente.

Em conclusão, a delimitação da responsabilidade dolosa do *Compliance Officer* na omissão imprópria exige a demonstração segura que ele dispunha de conhecimento acerca da situação típica de perigo cuja neutralização recaía dentro de sua esfera funcional de competência, por intermédio de sua comunicação a tempo e modo corretos de seu diagnóstico à alta direção. A análise do dolo, com ênfase no eventual, somada ao exame das figuras do erro de tipo e da cegueira deliberada, evidencia que a reprovação penal da omissão do *Officer* demanda comprovação de que ele, diante de informações suficientes para revelar o risco juridicamente relevante, deixou de exercer seu dever de agir, assumindo a possibilidade de produção do resultado. Por conseguinte, o elemento nuclear da imputação dolosa é a rigorosa averiguação do fluxo informacional efetivamente disponível e ao alcance do *Compliance Officer*, o qual lhe exigiria o seu dever de agir para contribuir com a prevenção do resultado lesivo.

6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A consolidação do expansionismo do Direito Penal, acompanhado da crescente administrativização de suas próprias funções, revelou um movimento de ampliação da tutela penal sobre esferas tradicionalmente reguladas por normas civis ou administrativas, em resposta à complexificação das relações socioeconômicas e à globalização. Nesse contexto, o Direito Penal abandonou, em parte, sua feição clássica de *ultima ratio* e se antecipou às eventuais

práticas ilícitas por meio de mecanismos de controle preventivo, inclusive incorporando preocupações típicas do Direito Administrativo Sancionador.

A referida convergência promoveu uma mudança paradigmática. Por um lado, o foco do Direito penal desloca-se da repressão posterior do dano para a antecipação de comportamentos potencialmente lesivos, o que possibilitou a discussão sobre a responsabilização de sujeitos que ocupam posições de garantia em organizações complexas, a exemplo do *Compliance Officer*. Paralelamente, de outro lado, o surgimento da denominada sociedade de risco contribuiu para justificar a ampliação da tutela penal no ambiente corporativo. Caracterizada pela produção de riscos difusos, globais e meramente presumidos, a sociedade de risco é eminentemente protagonizada pela pressão social à tipificação de novos delitos empresariais, voltados à proteção de bens jurídicos supraindividuais.

A criminalização de condutas relacionadas à lavagem de dinheiro, corrupção, práticas concorrenciais abusivas, delitos ambientais e falhas de controle interno é expressão direta dessa lógica. Assim, o Direito Penal passa a exigir das empresas (e sobretudo de seus agentes) padrões elevados de vigilância e implementação de estruturas efetivas de integridade, ampliando o espectro de responsabilização, especialmente sobre eventuais condutas omissivas praticadas no âmbito da atividade empresarial.

Surge, então, a autorregulação regulada, consistente em um modelo híbrido no qual o Estado estabelece diretrizes gerais, mas transfere às empresas a responsabilidade de estruturarem mecanismos internos de controle, prevenção e gestão de riscos. Trata-se de um sistema em que o Poder Público não abdica de sua função regulatória, porém estimula e, em alguns setores exige, que as organizações adotem padrões próprios de conformidade, atuando de forma proativa na observância das normas.

É justamente nesse cenário que emergiram os programas de *Compliance*, fruto da iniciativa das próprias corporações em se autorregular para garantir maior segurança jurídica, credibilidade frente ao mercado e eficiência operacional. Como espécie, desenvolveu-se o *Criminal Compliance*, voltado especificamente à mitigação de riscos penais, à prevenção de ilícitos e à criação de estruturas internas capazes de identificar e responder potenciais violações.

No âmbito do Direito Penal Econômico, o *Criminal Compliance* assumiu a figura de ferramenta indispensável para a prevenção de ilícitos comumente cometidos no âmbito empresarial. A fim de minimizar riscos e impedir a ocorrência de condutas penalmente relevantes, o *Criminal Compliance* atua como um sistema de prevenção de responsabilidade tanto para os membros da empresa (especialmente os dirigentes enquanto garantidores

originários), quanto para a própria pessoa jurídica, cuja responsabilização penal é admitida exclusivamente no campo da criminalidade ambiental.

Sob essa perspectiva, a responsabilidade dos dirigentes assume papel de destaque, considerando serem eles garantidores originários e, assim, detentores de deveres de controle, vigilância e intervenção. A estrutura normativa do Direito Penal Econômico exige que os membros diretivos ajam preventiva ou repressivamente para evitar que seus subordinados venham a praticar ilícitos penais. Entretanto, a crescente complexidade estrutura das sociedades empresárias inviabiliza a assunção absoluta, pelos membros diretivos, de todos os encargos de supervisão e controle sobre a atividade empresarial.

Surgem, então, a delegação de funções e a divisão horizontal de tarefas como elementos característicos de estruturas empresariais amplas e tecnicamente segmentadas. Essa distribuição de responsabilidades não enfraquece o dever de vigilância dos membros da alta direção, mas o torna mais racional e eficiente, permitindo que atividades especializadas sejam conduzidas por sujeitos dotados de conhecimento específico. É exatamente nesse ambiente que se consolida a figura do *Compliance Officer* como destinatário da delegação da posição de garantidor. Sua expertise e atuação direta na formulação, implementação e gestão do programa de *Criminal Compliance* justificam a transferência de parcela dos deveres de prevenção e, excepcionalmente, se assim for estipulado, o controle repressivo dos riscos oriundos da empresa como fonte autônoma de perigo.

A atribuição de deveres ao CO não implica, por si só, a automática assunção de uma posição de garantia penal, uma vez que seus deveres decorrem primariamente da relação contratual formalizada com a empresa, por força da hipótese prevista no art. 13, §2º, alínea *b*, do Código Penal brasileiro. A posição de garantidor, quando existente, surge especialmente no momento de implementação ou gestão do programa criminal de integridade, sendo delimitada pelo exame síncrono entre as funções efetivamente desempenhadas e as contratualmente assumidas, prevalecendo aquelas sobre eventuais atribuições funcionais meramente registradas em elementos documentais ou constitutivos.

Em seu exercício regular, em razão de assumir a figura de garantidor secundário (ou complementar), o *Officer* desempenha funções voltadas à detecção e comunicação de riscos potencialmente ilícitos e de delitos efetivamente consumados, não possuindo, em regra, poder decisório direto para impedir repressivamente a prática delitativa. Seu papel se limita ao diagnóstico e ao repasse tempestivo e adequado de informações sensíveis aos membros diretivos, os quais, por sua vez, detêm o dever originário de intervir e adotar medidas repressivas frente ao ilícito constatado, a fim de evitar o resultado típico. A referida divisão

funcional de tarefas de vigilância entre os dirigentes e o *Officer* demonstra que o dever de agir deste último está diretamente condicionado às possibilidades jurídicas e materiais da função por ele exercida.

Não por outra razão, a mera ocupação da posição de garantidor secundário não basta para imputar responsabilidade penal ao *Compliance Officer*. É indispensável verificar se, diante de suas atribuições, ele deixou de agir quando tinha o dever específico e a possibilidade físico-real e jurídica de atuar. Somente a análise concreta dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal permitirá identificar eventual conduta omissiva relevante (especialmente em sua modalidade imprópria) no exercício de suas funções.

E a omissão penalmente relevante do *Compliance Officer* pressupõe uma situação típica de perigo, ou seja, a efetiva ameaça de ocorrência de um resultado lesivo, que ainda pode ser evitado por meio de sua conduta, cuja atuação é, inclusive, exigida para proteger o bem jurídico concretamente ameaçado. Em assim sendo, ausente o risco diante do pleno funcionamento do *Criminal Compliance*, não há no que se falar em dever de agir do *Officer* e, portanto, sua eventual omissão seria atípica. Inclusive, eventual aporte impunível, caso não constatado, poderia até ser considerado mero descumprimento de um dever de vigilância por parte do *Officer*, o que limitaria, todavia, ao âmbito culposo, se previsto.

Portanto, a relevância penal da omissão exige não apenas a existência de um dever de agir diante de uma situação típica de perigo, mas também a possibilidade jurídica e físico-cognitiva de atuação do *Officer*, como regem os elementos normativos do próprio art. 13, §2º, do CPB. Neste ponto, é a ressalva quanto à particular complexidade da análise sobre a possibilidade de agir do CO, considerando o paradoxo entre sua subordinação hierárquica e sua exigida autonomia funcional.

Isso porque embora deva possuir plenos mecanismos informacionais para identificar ilícitos e reportá-los à alta direção, a capacidade de agir do *Officer* é limitada pela ausência de poderes decisórios para intervir diretamente na atividade empresarial. Assim, a responsabilidade penal por omissão do CO somente pode existir quando ele possuir a plena possibilidade jurídica (competência para agir dentro das funções atribuídas) e físico-real para cumprir seu dever de informar, não bastando a mera previsão contratual de funções.

Além disso, a atribuição de responsabilidade ao *Officer* não pode decorrer da inércia da alta direção, já que incumbe exclusivamente aos dirigentes o poder de intervenção na prevenção de ilícitos penais no âmbito corporativo. Logo, quando o CO identifica e comunica a tempo e modo corretos a prática ou iminência de delitos, o profissional cumpre efetivamente seu dever

de agir, razão pela qual eventual responsabilidade pela ocorrência do resultado típico recai exclusivamente sobre os dirigentes.

Mesmo em hipóteses de ilícitos praticados pela própria alta direção, o CO deve ter autonomia suficiente para apurar e reportar aos demais membros diretivos. Por isso, apenas quando estiver demonstrado que o *Officer* deixou de praticar uma ação específica que lhe era juridicamente exigível, possuindo plena capacidade de fazê-lo, é que sua omissão poderá adquirir relevância penal. A delimitação das suas tarefas efetivamente exercidas, o exame prático de sua autonomia frente à subordinação hierárquica e a comprovação da conduta esperada são indispensáveis para a posterior análise do nexo de causalidade segundo a teoria da imputação objetiva.

Em que pese a determinação do nexo de causalidade apresente desafios específicos no contexto da omissão imprópria em razão da falta de um apoio naturalístico, a doutrina desenvolveu teorias específicas de causalidade omissiva, destacando-se a teoria da causalidade funcional, por meio da qual buscou-se atribuir a causalidade omissiva ao âmbito mandamental, possibilitando extrair da própria norma que determina o dever de agir do agente o nexo de causalidade e os limites do que será efetivamente mandado, para além do sentido da atividade exigida para evitar a lesão ao bem jurídico. Assim, somente o confronto entre o que elemento mandamental define e a realidade empírica expõe é possível elucidar se ação devida era ou não causa do resultado.

Sem embargo da pluralidade de teorias que, por meio de um juízo hipotético inevitavelmente sujeito a uma margem de erro, procuram decidir com absoluta certeza se a ação omitida teria impedido o resultado, especificamente em relação *Compliance Officer* a teoria da evitabilidade se mostra mais adequada. Por meio da referida linha teórica, é possível constatar se a comunicação da informação pelo *Compliance Officer* à alta direção poderia ter evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza, permitindo, por consequência, que os membros diretivos pudessem impedir a prática do delito.

Não bastasse, por meio de experiências anteriores semelhantes ao caso analisado, a teoria da evitabilidade prevê um juízo probabilístico no sentido de apurar a tendência da posição a ser adotada pela alta gestão após o recebimento das informações do ilícito averiguado pelo *Officer*. Logo, segundo o grau de probabilidade na análise concreta, será possível aferir a possibilidade de responsabilidade penal do *Officer* nos casos em sua omissão na comunicação que lhe incumbia repassar for relevante para a ocorrência do resultado típico.

Por meio da teoria da evitabilidade, a imputação objetiva do resultado à conduta omissiva do *Officer* deve ser analisada em duas etapas sucessivas. Na primeira etapa, avalia-se

se existem bases normativas claras para atribuir a responsabilidade ao CO, considerando critérios como sua superior expertise, o conhecimento do ilícito pelo terceiro, a estruturação do cargo em sistemas de prevenção de riscos e sua posição hierárquica ocupada na organização. Em seguida, na segunda etapa, procede-se ao exame empírico da evitabilidade, verificando, diante das condições reais de atuação e dos meios disponíveis, se o *Officer* poderia efetivamente ter evitado o resultado típico com probabilidade próxima da certeza.

Para além dos elementos típicos objetivos, analisa-se a presença do inafastável elemento subjetivo na conduta omissiva do *Officer*. No âmbito culposo, a punibilidade *Compliance Officer* depende tanto da violação do dever de vigilância quanto da previsibilidade de ocorrência do resultado típico. Mesmo em situações em que profissionais técnicos supervisionam riscos internos da atividade empresarial, ao *Officer* pode remanescer um dever autônomo de avaliar os relatórios técnicos e reportar seus diagnósticos à alta direção, havendo campo, portanto, para se discutir apenas sua eventual responsabilidade culposa nas hipóteses em que o controle dos riscos exigir a atuação de especialistas. Considerando que muitas imputações de crime empresarial não comportam a modalidade culposa, escancara-se uma lacuna de punibilidade em relação ao CO, sobretudo quando se considera que a complexidade do fluxo informacional limita diretamente sua responsabilidade penal, uma que o mero desconhecimento da situação típica existente sob sua própria gestão do programa de integridade faz com a conduta omissiva do *Officer* seja amparada por erro de tipo.

No campo do dolo, a imputação subjetiva adquire especial relevância ao se considerar as competências funcionais próprias do *Compliance Officer*. A partir das informações que lhe são disponíveis e do exercício regular de suas funções de vigilância, caso o *Officer* tenha condições de conhecer claramente o risco decorrente de sua inação e, ainda assim, opte deliberadamente por permanecer inerte, poderá ser responsabilizado penalmente a título doloso.

Por outro lado, se suas funções não lhe permitirem acessar os dados necessários para formar seu juízo sobre a situação típica de perigo, não haverá no que se falar em responsabilidade dolosa do CO. Dessa forma, o conhecimento das elementares do tipo objetivo é essencial à configuração da imputação dolosa. Aliás, em estruturas corporativas complexas, o desconhecimento do *Officer* decorre, em regra, de falhas de vigilância, razão pela qual haveria no que se falar no máximo em culpa, se prevista.

Sob a ótica do exposto, caso a situação típica de perigo alcance o conhecimento do *Compliance Officer*, o primeiro requisito do dolo no âmbito omissivo impróprio estará configurado. Não por outra razão, considerando a relevância do conhecimento das elementares do tipo objetivo como componente do elemento cognitivo, a teoria cegueira deliberada encontra

restrita aplicação em relação ao *Officer* frente às suas próprias funções limitadas de supervisão, configurando-se apenas nos casos em que o CO opta conscientemente por não obter informações acessíveis que lhe permitiriam conhecer a situação típica de perigo.

Em muitos casos, a autocolocação em situação de ignorância esbarra nos próprios elementos do dolo eventual, uma vez que o desconhecimento proposital implica assumir que o *Officer* deliberadamente implementou medidas para não adquirir conhecimento de determinadas informações, possuindo, ao menos, o grau mínimo de consciência exigido para a configuração do dolo. Por essa razão, a responsabilidade do *Compliance Officer* na omissão imprópria está, majoritariamente, vinculada apenas à culpa, em razão da complexa divisão de funções e do fracionamento do fluxo informacional.

Quando o *Officer* descumpra seus deveres de vigilância, diagnóstico ou repasse de informações, sua conduta normalmente se enquadra em omissão culposa, enquanto a imputação dolosa (mesmo na modalidade eventual) somente se configura se houver violação consciente do dever de comunicação, que deve estar vinculada, ainda, à aquisição e transmissão preventiva de informações sobre ilícitos constatados.

Nesse contexto, mesmo exercendo suas funções de vigilância e comunicação, caso o *Officer* não vislumbre possibilidade efetiva de que a alta direção impeça a prática do ilícito, não há no que se falar dolo, uma vez que seu mero desinteresse não caracteriza dolo eventual. Para configuração do dolo eventual, é necessário que o *Compliance Officer* incorpore a probabilidade (e aceite o risco) de que sua ação contribuiria para prevenir o resultado, permanecendo inativo diante de uma situação em que a prevenção seria praticamente certa. Em grande parte das situações, o desconhecimento do *Officer* decorre unicamente de sua própria negligência o que resulta, por consequência, em sua responsabilização culposa, ressalvados os erros sobre a situação típica, a possibilidade de agir ou a influência prática de sua ação, cenários excepcionais mais relevantes vislumbrados em organizações empresariais complexas.

Justamente devido à fragmentação das informações que devem por ele ser canalizadas e repassadas à alta direção, a responsabilidade dolosa do *Compliance Officer* exige, portanto, prova de que o profissional tinha conhecimento da situação típica de perigo, que estava ciente que sua atuação (omitida) estava dentro de sua competência funcional e que, a despeito disso, optou por deixar de agir diante de informações suficientes, assumindo conscientemente o risco de produção do resultado. A análise detalhada do fluxo informacional efetivamente disponível evidencia que o elemento central para a imputação dolosa é a demonstração de que o *Compliance Officer*, com pleno acesso às informações pertinentes, deliberadamente deixou de exercer seu dever de agir para prevenir o resultado lesivo, aceitando sua ocorrência.

Por fim, é de se concluir que a aferição da relevância jurídico-penal da omissão do *Compliance Officer* deve necessariamente atravessar, com rigor dogmático, a verificação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, de modo a evitar que sua responsabilização decorra unicamente da posição funcional que ele ocupa. Apenas por meio do inafastável exame será possível impedir que o *Compliance Officer* se transforme, indevida e automaticamente, em pivô de imputações imoderadas oriundas da exponencial expansão punitiva na criminalidade econômica, meramente por deter, enquanto garantidor complementar, o expressivo fluxo interno de informações da empresa. Portanto, a responsabilização penal do *Compliance Officer* não pode repousar em presunções de culpa exclusivamente derivadas de seu cargo, sob pena de se subverterem as bases do Direito Penal e de se converter o *Officer* em símbolo injustificado de um expansionismo sancionatório incompatível com os parâmetros constitucionais da imputação penal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2022.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: **Revista Universitas JUS**. Brasília, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/download/2826/2447>>. Acesso em 17 jun. 2025.

ANDRADE, Pedro Dojas Mello. **Critérios de imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal: Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1969.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal: parte general**. Bogotá: Temis, 1996.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais: tutela penal dos direitos humanos**. Trd. Ana Lucia Sabadelli. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 131-151, set. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2092/1/RBCCRIM_N171_P131-151.pdf>. Acesso em 03 jul. 2025.

BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro. In: **Católica Law Review**. Lisboa. V. 1, n. 3, p. 43-70, 2017.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia orientativo: Atuação do encarregado pelo tratamento de dados pessoais**. Brasília: ANPD, dezembro 2024. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/centrais-de-conteudo/materiais-educativos-e-publicacoes/copy_of_guia_da_atuacao_do_encarregado_anpd.pdf>. Acesso em 17 set. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70>.

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>.

BRASIL. **Exposição de motivos da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que reforma o Código Penal**. Câmara dos Deputados, 1984. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em 2 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 10 jan. 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.2014/2013/lei/112846.htm>>.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 17 set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em 07 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp nº 785.584**. Relator Ministro Nefi Cordeiro, 30 ago. 2017. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília/DF, 05 set. 2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74591369&num_registro=201502367712&data=20170905>. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Penal nº 470**. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 22 de abril de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 2014. Disponível em < ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 10 set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 mar. 1998. <Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 15 mai. 2025.

BRODT, Luis Augusto Sanzo; OLIVEIRA, José Ourismar Barros de. Da responsabilidade penal do superior empresarial pelo cumprimento de suas ordens. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. v. 32, n. 1, p. 105-136. 2016. Disponível em: <<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/115>>. Acesso em 13 jun. 2025.

BUSSMANN, Kai-D. Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements., In: **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, 86. 2003.

CAMBRAIA, Flávia Siqueira. **O princípio da confiança como critério normativo de imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade penal diante da conduta incorreta de terceiros**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2015. Disponível em < https://bib.pucminas.br/teses/Direito_CambraiaFS_1.pdf>. Acesso em 5 set. 2025.

CAMPANA, Felipe Longobardi. **A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. A omissão imprópria nas estruturas empresariais. In: **Anais do 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/14.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2025.

CATELLI, Thales Aporta; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **O princípio da confiança e a teoria da cegueira deliberada: desafios à dilação probatória no processo penal brasileiro contemporâneo**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6, n. 5, p. 1943-1973, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1943_1973.pdf>. Acesso em 5 set. 2025.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). In: **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativa**. Barcelona: Atelier, 2013.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Os crimes omissivos impróprios e seus elementos objetivos à luz do funcionalismo teleológico**. Dissertação (Mestrado em Direito)

– Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHFMM/1/disserta_o_victor.pdf>. Acesso em 24 jun. 2025.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Definição da categoria “responsabilidade penal do superior pela não-evitação de crimes cometidos por subordinados” a partir de seus próprios limites? In: **Revista de Estudos Criminais**. Trd. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. v. 18, n. 75, p. 41-58, 2019.

DINIZ NETO, Eduardo. **Sociedade de risco, direito penal e política criminal**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010.

DUARTE, Túlio Figueiredo. A responsabilidade penal dos gestores de empresa por omissão. In: LOPES, Luciano Santos; MENDES, Alana Guimarães. (Org.). **A proteção penal da economia e da supraindividualidade: avanços e retrocessos**. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>.

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

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: **Revista Libertades**. n. 9, pp. 26-57, jan/abr de 2012. Disponível em: <<https://doceru.com/doc/n101nxs1>>. Acesso em 25 jul. 2025.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. In: **Autorregulación y sanciones**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; CERESER, Lucas Ferreira. Responsabilidade penal do compliance officer: um olhar à luz dos pressupostos jurídico-penais da omissão imprópria. In: **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**. V. 7, n. 13, p. 43-68, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/download/206/138>>. Acesso em 10 jul. 2025.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade: crítica à presunção do conhecimento da lei penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

FREEMAN, Robert Edward. **Strategic management: a stakeholder approach**. Boston: Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **The social responsibility of business is to increase its profits**. The New York Times Magazine, New York, 13 set. 1970.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores. 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy. **La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa**. Centro de Investigación Interdisciplinario de Derecho Penal Económico (CIIDPE), n. 1, p. 1-27, 2006. Disponível em: < https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_03.pdf>. Acesso em 05 nov. 2025.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. LIII, p. 29-132, 2000. Disponível em: < <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/424/424>>. Acesso em 22 out. 2025.

GOMES, Abel Fernandes. Responsabilidade penal pela omissão de compliance. In: **O Direito em Perspectiva**. MELLO, Kleyson de Moraes *et al.* Juiz de Fora: Editar, 2015. Disponível em: < <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica>>. Acesso em 06 jun. 2025.

GOMES, Luiz Flávio. **O princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición De Garante Del Compliance Officer Por Infracción Del “Deber De Control”: Una Aproximación Tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Neto (dir.). **El Derecho Penal Económico em la era Compliance**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2006, n. 08-05, p. 05:1 -05:27. 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Corporate criminal liability and compliance programs in the EU and in the US: new trends in criminal policy**. [S.l.], p. 41/61. 2020. Disponível em: < <https://stetsonlawreview.org/wp-content/uploads/2020/09/Gomez-Jara.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2025.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

GONÇALVES, Lucas Pardini. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267>>. Acesso em 05 ago. 2025.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal. In: LEITE, Alaor (org.) **Reforma penal. A crítica científica à parte geral do projeto de Código penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trd. Ronan Rocha. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

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.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In: **La Insostenible Situación del Derecho Penal**. Granada: Universidad Pompeu Fabra, 2000.

HAUGH, Todd. **Cadillac compliance breakdown**. Stanford Law Review Online, Stanford, v. 69, p. 72-77, 2017. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/cadillac-compliance-breakdown/>>. Acesso em 27 mai. 2025>.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol I. Tomo II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Trd. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. 2 ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trd. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. 1993.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Trd. Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, p. 51/76, 2013.

LAFUENTE, Alfredo Liñán. **La responsabilidad penal del compliance officer**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. 1. Trd. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal. (Coleção História do Direito Brasileiro). 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acesso em 16 jul. 2025.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico**. Revista Penal México, 2013, n. 5.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trd. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. In: **Estudios Penales y Criminológicos**. Universidade de Santiago de Compostela, v. 35, 2015. Disponível em: <<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2704/3188>>. Acesso em 06 ago. 2025.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. In: **Revista de direito penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, 1984. Disponível em: <<https://fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP33.pdf>>. Acesso em 02 jul. 2025.

NASCIMENTO, Philippe Alves do. **O papel do *compliance officer* e a relevância penal da omissão**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

NIETO MARTÍN, Adán. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. In: **Autorregulación y sanciones**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**. [S.l.], n. 5, p. A3-A5, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 4. 2006.

PINTO, Felipe Martins; BRENNER, Paula. Responsabilização de gestores pela mera posição na hierarquia corporativa: tipo objetivo e tipo subjetivo na expansão do direito penal empresarial. In: AZEVEDO, Marcelo; MALTA, Bruno (Org.). **Direito do ambiente em perspectiva**. São Paulo: Editora D', p. 411/441, 2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março**. Código Penal. Diário da República, Lisboa, 15 mar. 1995. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-152131/publico/Joao_Daniel_Rassi_Doutorado_2012_Versao_completa.pdf>. Acesso em 23 jun. 2025.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; ROBLES PLANAS, Ricardo (dirs.). **Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, p. 23-42, 2018.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). In: **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

ROCHA, Ronan de Oliveira. **A relação de causalidade no Direito Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/31441/1/Ronan%20Rocha%20-%20A%20relacao%20de%20causalidade%20no%20Direito%20Penal.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2025.

RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, 2012.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38/2002, p. 11/31. São Paulo, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general – tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Trd. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In: **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja. Trd. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. p. 145-168, 1986.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general - tomo II: especiales formas de aparición del delito**. 1. ed. Madrid: Civitas, 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 2, n. 2, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARDINHA, Leonardo Lopes. **O compliance e as repercussões jurídicas no âmbito do direito penal: um estudo sobre a delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o compliance officer**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE. São Paulo, 2024. Disponível em: <<https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/3466>>. Acesso em 08 ago. 2025.

SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica en Derecho penal. In: **Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales**, p. 307–342. 1994.

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. Trd. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. GRECO, Luís (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ZAPATERO, Luis, Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. (dir.) **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Deberes de vigilancia y Compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, p. 79/104, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El delito de omisión: concepto y sistema**. Buenos Aires: BdeF, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 11.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **El riesgo permitido en Derecho penal económico**. Barcelona: Editorial Atelier, 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LINHARES, Fernando. **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar criminality**. American Sociological Review. V. 5, n.1, p. 01-12. 1940.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://www.btdt.uerj.br:8443/handle/1/9246>>. Acesso em 23 jun. 2025.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
VIANA, Eduardo. **Sobre a estrutura do dolo**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 77, p. 61-107, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Revista Discursos Sediciosos**. Trd. Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 31-48, 2004. Disponível em: <https://www.freixinho.adv.br/_files/ugd/b3e57c_4fa9ea2725c0414aabf3cfc385446f27.pdf>. Acesso em 26 jun. 2025.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et all*. **Direito penal brasileiro**. 2º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria do delito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/31740>>. Acesso em 26 jun. 2025.