

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

Júlia Moreira da Silva

**ANTECIPAÇÃO DO JUÍZO DE EXIGIBILIDADE NA TIPICIDADE OMISSIVA
IMPRÓPRIA:
potencial limitação à responsabilização criminal dos *Compliance Officers***

Belo Horizonte
2026

Júlia Moreira da Silva

**ANTECIPAÇÃO DO JUÍZO DE EXIGIBILIDADE NA TIPICIDADE OMISSIVA
IMPRÓPRIA:
potencial limitação à responsabilização criminal dos *Compliance Officers***

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

Orientador: Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Área de concentração: Direito Penal.

Belo Horizonte

2026

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586a Silva, Júlia Moreira da
Antecipação do juízo de exigibilidade na tipicidade omissiva imprópria:
potencial limitação à responsabilização criminal dos *Compliance Officers*/ Júlia
Moreira da Silva. Belo Horizonte, 2026.
104 f.

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

1. Compliance. 2. Responsabilidade penal - Brasil. 3. Conduta omissiva. 4.
Risco. 5. Teoria do risco - Aspectos jurídicos. 6. Crime por omissão. 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: 343.53

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

Júlia Moreira da Silva

**ANTECIPAÇÃO DO JUÍZO DE EXIGIBILIDADE NA TIPICIDADE OMISSIVA
IMPRÓPRIA:
potencial limitação à responsabilização criminal dos *Compliance Officers***

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

Área de concentração: Direito Penal.

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Alexis Couto de Brito (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 20 de março de 2026.

Aos meus pais, Roberto e Márcia, por todo amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

Ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, pela dedicação e pela orientação atenta.

Aos meus pais, Márcia e Roberto, pela compreensão constante, pelos sacrifícios realizados ao longo da minha formação e pelo apoio que possibilitou a continuidade desta pesquisa.

Ao meu namorado, Lucas, pelo apoio constante, pela presença generosa e por acompanhar de perto cada desafio deste percurso.

A toda a minha família, cujo apoio, ainda que muitas vezes silencioso, sempre me sustentou.

A todos que contribuíram, de alguma forma, para a realização deste trabalho.

“O objetivo do direito é a paz. A luta é o meio de conseguí-la.”

- Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho analisa os limites da responsabilidade penal dos *Compliance Officers* no contexto da sociedade do risco e da expansão do Direito Penal contemporâneo. Investiga-se de que forma a antecipação do juízo de exigibilidade, especialmente nos crimes omissivos impróprios, pode restringir a imputação penal desses profissionais, que ocupam posição relevante na prevenção de ilícitos dentro das organizações. Para isso, o estudo examina, inicialmente, as transformações do Direito Penal diante da complexidade social e do surgimento de riscos coletivos, destacando a tendência de ampliação da tutela penal e a flexibilização de garantias tradicionais. Em seguida, discute-se o conceito de exigibilidade a partir da teoria de Heinrich Henkel e sua aplicação como critério limitador nas omissões penalmente relevantes. O trabalho também aborda a posição jurídica dos *Compliance Officers* como garantidores, analisando se sua atuação, ou inércia, pode fundamentar a responsabilização por omissão imprópria. Conclui-se que a responsabilização penal só é legítima quando demonstrada, de forma concreta, a possibilidade e o dever específico de agir, evitando-se imputações amplas e desproporcionais decorrentes da mera posição ocupada no âmbito empresarial.

Palavras-chave: Exigibilidade. Omissão imprópria. *Compliance Officers*.

ABSTRACT

This study examines the limits of the criminal liability of Compliance Officers within the framework of the risk society and the expansion of contemporary Criminal Law. It investigates how the anticipation of the assessment of *exigibility*—particularly in the context of crimes of omission by commission (*omissive crimes by omission*, i.e., *improper omissions*)—may restrict the imposition of criminal responsibility on these professionals, who occupy a central role in the prevention of unlawful conduct within corporate structures. To that end, the analysis begins by addressing the transformations of Criminal Law in the face of social complexity and the emergence of collective risks, highlighting the trend toward an expanded scope of penal protection and the consequent flexibilization of traditional guarantees. It then discusses the concept of *exigibility* as developed in Heinrich Henkel's theory and its application as a limiting criterion in legally relevant omissions. The study further explores the legal status of Compliance Officers as guarantors, assessing whether their conduct—or their failure to act—may ground criminal liability for improper omission. It concludes that criminal attribution is only legitimate when the concrete possibility and the specific legal duty to act are clearly demonstrated, thereby preventing broad or disproportionate imputations based solely on the individual's position within the corporate hierarchy.

Keywords: Exigibility. Improper omission. Compliance Officers.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. O CONTEXTO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO.....	16
2.1. A “expansão” do Direito Penal.....	20
2.2 O Direito Penal clássico e a nova criminalidade.....	24
3. O JUÍZO DE EXIGIBILIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA.....	29
3.1 A exigibilidade como princípio regulativo.....	30
3.2. Os âmbitos dogmáticos da exigibilidade para Heinrich Henkel.....	37
3.2.1 A imputação de um dever nos casos de omissão imprópria.....	38
4. OMISSÃO IMPRÓPRIA.....	45
4.1 A conduta humana na Teoria do Crime.....	46
4.1.1 <i>Conceito de Ação</i>	48
4.1.1.1 <i>Teoria Causalista da Ação</i>	48
4.1.1.2 <i>Teoria Finalista da Ação</i>	52
4.1.1.3 <i>Teoria funcional da ação – A concepção da ação como expressão da personalidade em Roxin</i>	55
4.2 Omissão.....	58
4.2.1 Omissão própria.....	60
4.2.2 Omissão imprópria.....	61
5. A INGERÊNCIA ATRIBUÍDA AO COMPLIANCE OFFICER.....	66
5.1 Direito Penal Empresarial.....	67
5.2 <i>Criminal Compliance</i>	71
5.2.1 <i>Compliance Officer</i>	75
5.3 Delegação da posição de garante aos <i>Compliance Officers</i>	77
5.3.1 A ingerência atribuída ao <i>Compliance Officer</i> e seu dever jurídico.....	80
5.4 A posição de garantidor assumida e o dever concreto de agir como contenção ao poder punitivo.....	87

6. CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

1. INTRODUÇÃO

Desde as origens das sociedades organizadas, o Direito ocupou um papel fundamental como instrumento de ordenação social, contenção da violência e limitação do poder. Ao longo da história, a função do Direito evoluiu em diferentes direções: ora como expressão de dominação e controle, ora como escudo protetor da dignidade humana. Em sua dimensão mais nobre, o Direito afirma-se como um conjunto de limites impostos ao arbítrio do poder, sustentado por princípios e previsibilidade normativa. Nesse sentido, ele não apenas regula condutas, mas também protege liberdades, especialmente diante da força repressiva do próprio Estado.

Entre os ramos do Direito, o Direito Penal destaca-se por ser o mais incisivo e gravoso, pois lida com a sanção máxima disponível ao Estado: a pena. Ao impor restrições à liberdade, à propriedade ou até mesmo à vida dos indivíduos, o Direito Penal exige fundamentos sólidos, rigorosos e compatíveis com os valores do Estado Democrático de Direito¹. Seu exercício legítimo está condicionado à observância de princípios fundamentais como a legalidade, a anterioridade, a culpabilidade e o devido processo legal.

A evolução do Direito Penal reflete, em grande medida, os dilemas históricos da luta por direitos e garantias individuais. A transição do modelo inquisitorial para o modelo garantista, iniciada a partir do século XVIII, marca uma das mais importantes transformações na história do poder punitivo estatal. É neste momento que surge o Direito Penal moderno, fortemente influenciado pelas ideias iluministas, e que tem em Cesare Beccaria um de seus principais expoentes.

Publicada em 1764, a obra *Dos Delitos e das Penas*² representa uma evolução. Em um cenário marcado por arbitrariedades, tortura e penas desumanas, Beccaria propôs uma nova concepção de justiça criminal: racional, proporcional e submetida à lei. Seus princípios, como a legalidade estrita, a presunção de inocência, a publicidade dos julgamentos, a vedação da retroatividade penal e a necessidade de culpabilidade subjetiva, influenciaram decisivamente as primeiras

¹ Torna-se importante discutir tal questão, na medida em que a história das penas representa um capítulo horrendo para a humanidade, sendo mais repugnante do que os próprios delitos cometidos (LOPES JÚNIOR, 2014). Assim, a pena é trazida pelo autor como uma violência organizada.

² Obra fundadora do Iluminismo penal, na qual o autor defende a legalidade estrita, a proporcionalidade e a racionalidade das penas, posicionando-se contra a tortura e a arbitrariedade.

constituições liberais e as codificações penais do século XIX, tornando-se o alicerce do que se convencionou chamar de Direito Penal liberal.

Durante o século XIX, os sistemas penais europeus consolidaram-se em torno da ideia de que o Direito Penal deve ser a última instância de intervenção do Estado, fundando o chamado princípio da intervenção mínima. Esta perspectiva visava preservar as liberdades civis frente à sanção estatal, reservando o Direito Penal apenas para a proteção de bens jurídicos fundamentais e em situações de clara necessidade. A culpabilidade individual, a tipicidade e a responsabilidade subjetiva tornaram-se requisitos inegociáveis da punição legítima.

Contudo, com a complexificação da vida social e econômica no século XX, novas demandas surgiram, desafiando os limites tradicionais do Direito Penal. A ascensão de estruturas empresariais, a internacionalização das finanças, a criminalidade organizada e o avanço tecnológico criaram novos espaços de atuação delitiva que escapavam ao modelo penal clássico. Diante disso, o Direito Penal começou a sofrer um processo de expansão, caracterizado pela multiplicação de normas penais, pela introdução de tipos penais vagos e pela flexibilização dos critérios de imputação.

Esse fenômeno, identificado por diversos autores como a “crise do Direito Penal clássico”³, levou à construção de novas formas de persecução penal, mais funcionalistas⁴, centradas na ideia de eficiência e risco. Embora existam distintas vertentes do funcionalismo penal, como as propostas por Günther Jakobs e outros autores contemporâneos, o presente trabalho restringe-se à análise da concepção de Claus Roxin, por ser aquela que melhor se adequa ao objeto e à perspectiva teórica adotada nesta pesquisa.

Em paralelo, ganharam força mecanismos de responsabilização coletiva, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e conceitos como a posição de garantidor, a culpa por omissão e a imputação penal por falha estrutural. Um dos instrumentos mais emblemáticos dessa nova fase é o *compliance*, inicialmente surgido como mecanismo de auto regulação empresarial.

³ O principal autor associado a essa expressão é Jesús-María Silva Sánchez, penalista espanhol. Ele descreve o fenômeno como a transição do Direito Penal liberal-clássico para um Direito Penal de caráter expansivo, influenciado por risco, eficiência e funcionalismo (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

⁴ Claus Roxin é referência no funcionalismo moderado, defendendo a vinculação da punição a finalidades de proteção de bens jurídicos (ROXIN, 1997).

O *compliance*, entendido como o conjunto de normas e procedimentos internos adotados por organizações para assegurar a conformidade legal e ética, ganhou relevância no Brasil especialmente após a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Essa tendência, no entanto, levanta sérios questionamentos sob a ótica do Direito Penal garantista. A responsabilização penal sem a clara comprovação de responsabilidade, ainda que ancorada em normas internas de *compliance*, aproxima-se perigosamente da responsabilidade objetiva, historicamente repudiada pelas tradições liberais. Desse modo, a pena só pode ser legitimada se for resultado de uma imputação pessoal e subjetiva, fundada em conduta dolosa ou culposa comprovada, tudo o mais constitui violação do devido processo penal democrático⁵.

É neste contexto de busca pela preservação das garantias fundamentais em meio ao fenômeno da expansão do Direito Penal que se insere o presente trabalho. A dissertação tem por objeto o estudo da ampliação da responsabilidade penal em decorrência da inobservância de normas de *compliance* e, em especial, a investigação acerca da possibilidade de antecipar o juízo de exigibilidade para o plano da tipicidade nos crimes omissivos impróprios, examinando se tal deslocamento dogmático pode atuar como mecanismo de contenção da expansão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*.

Parte-se, assim, do seguinte problema de pesquisa: é dogmaticamente possível antecipar o juízo de exigibilidade para a tipicidade omissiva imprópria e, em caso afirmativo, essa antecipação pode funcionar como limite à expansão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*?

A hipótese investigada é a de que é possível compreender a exigibilidade não apenas como elemento da culpabilidade, mas como critério estruturante da tipicidade nos delitos omissivos impróprios, e que essa antecipação, ao exigir desde logo a demonstração de que era juridicamente exigível e realisticamente possível uma conduta diversa, funciona como freio relevante à tendência de imputar resultados com base na mera posição funcional do *Compliance Officer*.

Nessa perspectiva, a responsabilização desses agentes não se legitima pelo simples rótulo de garantidores, mas apenas quando, à luz da exigibilidade

⁵ Tal concepção se baseia no alerta de Luigi Ferrajoli. O autor é expoente do garantismo penal e sustenta que somente condutas dolosas ou culposas comprovadas podem fundamentar pena legítima, rejeitando qualquer forma de responsabilidade objetiva no âmbito penal (FERRAJOLI, 2002).

antecipada, se comprovar que ocupavam posição jurídico-penal de garante, que criaram ou incrementaram risco não permitido ou deixaram de cumprir deveres específicos de prevenção e reação que eram efetivamente exequíveis e relevantes para a tutela de bens jurídicos envolvidos.

O objetivo geral deste trabalho consiste, portanto, em analisar a possibilidade e os limites da antecipação do juízo de exigibilidade para o âmbito da tipicidade omissiva imprópria, verificando em que medida esse deslocamento dogmático pode servir como mecanismo de contenção da expansão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*, situando a discussão no contexto da sociedade do risco, da expansão do Direito Penal e das garantias constitucionais que limitam o exercício do *jus puniendi*.

Nesse percurso, o Capítulo 2, examina o pano de fundo em que se insere a discussão. Partindo da teoria da sociedade do risco, especialmente em Ulrich Beck, o capítulo reconstrói o processo de transformação do Direito Penal contemporâneo, marcado pela expansão de sua esfera de atuação, pela antecipação da tutela penal para estágios cada vez mais distantes da lesão concreta e pelo fortalecimento de um Direito Penal de perigosidade. Analisa-se a chamada “expansão do Direito Penal”, a inflação legislativa e o deslocamento do foco do modelo clássico, centrado em conflitos interindividuais, para a gestão de riscos coletivos e difusos, com impacto direto sobre a criminalidade econômica e empresarial. Nesse contexto, evidencia-se como a responsabilização por omissão e a ideia de posição de garante ganham centralidade na tentativa de responder a novos riscos produzidos por estruturas complexas.

O Capítulo 3 aprofunda a categoria da exigibilidade e a sua função na teoria do delito, preparando o terreno para a proposta de sua antecipação à tipicidade omissiva. Inicialmente, a exigibilidade é trabalhada como princípio regulativo, a partir da leitura de Heinrich Henkel, destacando-se seu papel transversal na distribuição de deveres e ônus normativos em situações de conflito. Em seguida, o capítulo explora os diferentes âmbitos dogmáticos em que a exigibilidade opera, com ênfase na imputação de deveres nos casos de omissão imprópria. Assim, discute-se a possibilidade de deslocar o juízo de “devia e podia agir” do espaço tradicional da culpabilidade para a própria tipicidade, mostrando como essa antecipação funciona como limite material à imputação de resultados a partir da omissão.

O Capítulo 4 traz a reconstrução dogmática da omissão à luz do direito positivo. Parte-se da análise da conduta humana na teoria do crime e das diferentes concepções de ação, causalista, finalista e funcional, com destaque para a ideia de ação como expressão da personalidade em Roxin, para, em seguida, ingressar especificamente no tratamento da omissão. Diferenciam-se omissão própria e omissão imprópria, com foco na cláusula de equiparação do art. 13, § 2º, do Código Penal, e examina-se como o poder dever de agir, a posição de garante e o juízo de exigibilidade se articulam na delimitação da tipicidade omissiva. O capítulo mostra que a equiparação entre ação e omissão, dada sua abertura e indeterminação, só se torna compatível com as garantias penais se for interpretada a partir de critérios estritos de dever de agir, de criação de risco não permitido e de exigibilidade concreta de conduta diversa, o que prepara a aplicação desse quadro à figura do *Compliance Officer* nos capítulos seguintes.

O Capítulo 5 representa o núcleo aplicativo da dissertação. Nele, a discussão é deslocada para o terreno do Direito Penal Empresarial, evidenciando-se como a empresa se converte em foco privilegiado de produção de riscos e de expansão da tutela penal. A partir daí, o capítulo apresenta a gênese e a evolução do *criminal compliance* e do próprio *Compliance Officer* e analisa-se, por fim, a delegação da posição de garante aos *Compliance Officers* e, sobretudo, a categoria de ingerência tal como desenvolvida por Pierpaolo Bottini: evidencia-se que a responsabilização por omissão imprópria, nessa perspectiva, exige comportamento precedente de criação de risco não permitido pelo próprio agente, e não mero vínculo funcional com a organização.

Ao final, o capítulo discute a posição de garantidor assumida e o dever concreto de agir como mecanismos de contenção ao poder punitivo, mostrando como a antecipação do juízo de exigibilidade à tipicidade, combinada com uma concepção estrita de ingerência, pode limitar a expansão indevida da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*.

A metodologia utilizada será qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica, envolvendo estudo da legislação e, especialmente, dos aportes teóricos da literatura clássica e contemporânea sobre omissão imprópria, exigibilidade e *criminal compliance*.

A relevância do tema encontra respaldo não apenas na atualidade e expansão dos programas de *compliance*, mas, sobretudo, na urgência de se refletir

sobre os limites da atuação punitiva do Estado. Em um momento histórico em que a eficiência tem sido frequentemente invocada para justificar flexibilizações legais e deslocamentos silenciosos de categorias dogmáticas, é dever da academia reafirmar os fundamentos que garantem a legitimidade da pena e a integridade do Estado Democrático de Direito.

Como alertava Beccaria, ainda no século XVIII, toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica. Dois séculos depois, o alerta permanece válido: na ânsia de punir, inclusive por meio da expansão da responsabilidade por omissão imprópria em contextos empresariais, o Estado não pode esquecer que o Direito Penal só é legítimo quando respeita suas próprias fronteiras.

2. O CONTEXTO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO

Para compreender adequadamente os institutos jurídicos e seus impactos, é indispensável analisar o contexto histórico e social em que se desenvolvem. O Direito não surge de forma isolada: ele expressa os conflitos, necessidades e expectativas de uma determinada sociedade. Assim, para compreender a conformação do Direito Penal contemporâneo, é necessário relacioná-lo ao modelo sociológico em que está inserido (BOTTINI, 2010).

Dentro dessa perspectiva, a chamada sociedade do risco⁶ oferece uma chave interpretativa importante. O Direito Penal moderno não pode ser entendido sem considerar os fenômenos sociais que moldam seus rumos.

É exatamente essa perspectiva que orientará o presente trabalho, ao examinar o Direito Penal a partir de sua inserção no contexto da sociedade do risco, destacando as transformações de seus institutos e seus reflexos no campo do *criminal compliance*.

Nesse sentido, visando manter a ordem e a convivência pacífica, utiliza-se diferentes mecanismos de controle social, que podem atuar de forma difusa, como a família, os costumes e até os preconceitos, ou de maneira institucionalizada, como as leis, a polícia, as escolas e as forças armadas. Entre esses instrumentos, destaca-se o Direito, que, conforme a formulação kantiana⁷, estabelece condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro, conforme uma lei geral de liberdade (KANT, 1954).

Nesse conjunto de mecanismos, o Direito Penal é o instrumento de coerção mais severo. Sua aplicação, porém, só pode ser devidamente compreendida quando inserida nas relações humanas e nos valores culturais, políticos e econômicos que estruturam a vida em sociedade.

É importante observar que o Direito Penal, ao longo das últimas décadas, vem passando por transformações profundas. Aos riscos tradicionais que sempre acompanharam a humanidade, somam-se fenômenos novos, muitas vezes de difícil contenção.

⁶ A teoria da *sociedade do risco*, desenvolvida por Ulrich Beck, explica que a modernidade não apenas criou avanços, mas também riscos globais e invisíveis, que afetam gerações presentes e futuras (BECK, 2010).

⁷ Kant defendia que a liberdade de cada indivíduo só pode existir de forma plena quando compatível com a liberdade dos demais, ideia que influenciou fortemente a tradição liberal do Direito Penal (KANT, 1954).

Ulrich Beck identifica esses riscos modernos como subprodutos indesejados da própria modernização (BECK, 2010). Acidentes ambientais de grandes proporções, crises financeiras, terrorismo internacional e desigualdades sociais crescentes são exemplos de ameaças que ultrapassam a esfera individual, territorial e até mesmo temporal, afetando presentes e futuras gerações. Sendo assim,

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

Essa passagem da lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia está ligada historicamente a (pelo menos) duas condições. Ela consoma-se, e em primeiro lugar - como se pode reconhecer atualmente -, quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência material. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de auto ameaça numa medida até então desconhecida (BECK, 2010, p. 23).

Diante disso, verifica-se que a sociedade contemporânea passa a demandar um Direito Penal adaptado a esse novo cenário. Não se trata apenas de punir fatos já consumados, mas de gerir riscos e prevenir danos em larga escala. Como observa Baratta, o Estado moderno assume um perfil preventivo, reorganizando permanentemente seus mecanismos normativos e decisórios em resposta a uma constante situação de emergência (BARATTA, 1991)⁸.

Em suma, compreender o Direito Penal na sociedade de risco exige reconhecer que ele deixou de lidar apenas com conflitos interindividuais para assumir a tarefa de enfrentar perigos coletivos e globais. Essa mudança de paradigma terá impacto direto na expansão legislativa, na criação de novos tipos penais e na internacionalização das respostas estatais, temas que serão abordados nas subseções seguintes.

Silva Sánchez observa que, a partir da ampla influência das obras de Ulrich Beck, tornou-se comum descrever o contexto pós-industrial contemporâneo como uma “sociedade de risco”. Segundo o autor, esse cenário é marcado por rápidas

⁸ Baratta descreve o “Estado da prevenção”, em que o Direito Penal se reorganiza de forma contínua diante de emergências estruturais, o que pode justificar flexibilizações perigosas de garantias fundamentais (BARATTA, 1991).

transformações econômicas e por avanços tecnológicos sem precedentes, que, embora ampliem o bem-estar individual, também produzem efeitos negativos relevantes. Entre esses efeitos, destaca-se a presença de riscos estruturais gerados pela própria ação humana, uma vez que grande parte das ameaças enfrentadas pelos cidadãos deriva de decisões tecnológicas e produtivas tomadas por outros membros da sociedade (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Nas últimas décadas, observa-se que o Direito Penal passou a ser utilizado de maneira cada vez mais intensa como ferramenta de resposta aos desafios sociais. A criminalização de condutas tem sido vista, equivocadamente, como solução imediata para os problemas decorrentes da chamada sociedade do risco. Nesse cenário, a responsabilidade penal amplia seu alcance, e o legislador adota uma postura marcada pela inflação normativa, criando novos tipos penais e agravando penas existentes, como se a expansão repressiva fosse capaz de neutralizar os perigos que afligem a coletividade.

No contexto brasileiro, especialmente a partir dos anos 1990, esse movimento se acentuou, refletindo-se na proliferação de normas voltadas ao Direito Penal econômico. A legislação passou a incorporar de forma cada vez mais expressiva condutas relacionadas a riscos próprios da atividade industrial e financeira, priorizando a proteção de bens jurídicos coletivos e difusos⁹.

Esse fenômeno levou estudiosos a destacar que, ao contrário de uma fase de descriminalização, vivemos um período de forte e contínua criminalização, sem perspectiva de arrefecimento. O Estado amplia sua atuação em áreas antes alheias ao Direito Penal, o que gera transformações tanto na dogmática tradicional quanto nos métodos de aplicação da lei (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007).

Como consequência, surgem críticas ao chamado expansionismo penal, que frequentemente resulta em um direito simbólico, emergencial e marcado por instrumentalismo. A própria função de *ultima ratio* é relativizada, cedendo espaço a um modelo em que princípios constitucionais garantistas são mitigados em nome da proteção social. Sendo assim,

⁹ No Brasil, a partir da década de 1990, observa-se uma forte tendência de inflação legislativa em matéria penal, sobretudo voltada ao campo econômico, ambiental e financeiro. Diversos diplomas foram editados nesse período, como a Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), a Lei nº 9.605/1998 (crimes ambientais) e a Lei nº 9.613/1998 (lavagem de dinheiro).

A expansão do Direito Penal implica, por um lado, a tendência de convertê-lo em um instrumento simbólico e de emergência e, por outro, a progressiva erosão de seu caráter de *ultima ratio*. Ambas as dinâmicas se traduzem em um enfraquecimento dos princípios limitadores do *ius puniendi* em nome da proteção social (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 43, tradução nossa)¹⁰.

A sociedade, por sua vez, muitas vezes enxerga no endurecimento penal a promessa de segurança. Essa expectativa alimenta um discurso político-criminal que reforça o populismo punitivo e a crença em um Direito Penal salvador. No entanto, como diversos autores apontam, trata-se de um “canto da sereia”¹¹: longe de resolver os problemas da criminalidade, a intervenção exacerbada do Estado tende a fragilizar garantias fundamentais e a aproximar o sistema de um estado de exceção, no qual a expansão penal se torna permanente e cada vez menos controlada.

Nesse ambiente, o Direito Penal assume também a função de gestor de riscos, adiantando sua intervenção por meio da tipificação de crimes de perigo e da responsabilização por omissão. A realidade empresarial se torna terreno fértil para tais transformações, na medida em que se pune não apenas a ocorrência do dano concreto, mas também a simples criação de risco, ainda que potencial ou futuro.

Dessa forma, torna-se essencial compreender o cenário no qual essa nova forma de criminalidade está situada. A leitura desse modelo sociológico ajuda a interpretar a lógica contemporânea de geração e de percepção dos riscos no ambiente empresarial.

Embora não represente o único caminho para compreender a criminalidade econômica, a análise da sociedade do risco fornece elementos relevantes, como a sensação de insegurança, o surgimento de novas ameaças, a expansão do Direito Penal, o processo de globalização e a valorização da cultura preventiva, que contribuem para esclarecer institutos jurídicos atuais, com destaque para o papel do *criminal compliance*, objeto de estudo do presente trabalho.

¹⁰ Original: La expansión del derecho penal supone, de un lado, la tendencia a convertirlo en un instrumento simbólico y de emergencia, y, de otro, la progresiva erosión de su carácter de *ultima ratio*. Ambas dinámicas se traducen en un debilitamiento de los principios limitadores del *ius puniendi* en nombre de la protección social.

¹¹ A expressão “canto da sereia” é utilizada por Carla Silene Gomes para ilustrar a ilusão de que o fortalecimento do aparato penal poderia garantir segurança absoluta. Tal como o mito das sereias, que encantavam os navegadores para depois levá-los à perdição, o discurso do endurecimento penal seduz a sociedade com promessas de ordem e tranquilidade, mas na prática conduz ao esvaziamento de garantias constitucionais e ao fortalecimento de um modelo punitivista de caráter autoritário (GOMES, 2015, p. 143).

2.1 A “expansão” do Direito Penal

O Direito Penal contemporâneo assumiu funções que ultrapassam a mera solução de conflitos interindividuais. Nas últimas décadas, observa-se uma clara tendência de ampliação de sua esfera de atuação, fenômeno identificado pela doutrina como “expansão do Direito Penal”. Para Silva Sánchez, tal expansão é uma característica central das sociedades pós-industriais, que passaram a exigir do Estado respostas rápidas e eficazes diante do surgimento de riscos globais (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Essa ampliação, contudo, não é isenta de custos. A expansão frequentemente acarreta a flexibilização de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, como a fragmentariedade, a intervenção mínima e a concepção do Direito Penal como *ultima ratio*. Hassemer já alertava que, ao invadir novas esferas da vida social, o Direito Penal torna-se hipertrofiado, afastando-se de sua função clássica de proteção apenas dos bens jurídicos mais relevantes (HASSEMER, 1994).¹²

No Brasil, esse processo ganhou força a partir da década de 1990, quando se instaurou a chamada inflação legislativa penal. Foram editadas diversas normas voltadas à tutela de novos riscos econômicos, sociais e ambientais. Entre elas destacam-se a Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e de consumo), a Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos), a Lei nº 9.605/1998 (crimes ambientais) e a Lei nº 9.613/1998 (lavagem de dinheiro).

O fenômeno também se expressa em teorias mais radicais, como a do Direito Penal do inimigo¹³, formulada por Günther Jakobs, segundo a qual, diante de ameaças graves à ordem social, determinados indivíduos deixam de ser tratados como cidadãos plenos para serem considerados “inimigos” a serem neutralizados (JAKOBS, 2008).

¹² Winfried Hassemer, expoente da chamada Escola de Frankfurt, destacou a crise do Direito Penal diante da hipertrofia legislativa e a tendência de substituir a *ultima ratio* pela *sola ratio*, ou seja, o Direito Penal como primeira e não última resposta (HASSEMER, 1994).

¹³ Franz Josef Hinkelammert (2006) adverte que a lei não pode se autonomizar a ponto de negar o sujeito concreto que deveria proteger, sob pena de transformar-se em instrumento de repressão e exclusão (HINKELAMMERT, 2006). Assim, a lógica do Direito Penal do inimigo ilustra exatamente esse risco: ao suprimir o sujeito em nome da ordem, relega-se a dignidade humana a segundo plano e fragilizam-se os fundamentos do Estado de Direito.

Em contraponto a esta tendência, Ferrajoli sustenta que o endurecimento penal muitas vezes se reduz a um Direito Penal simbólico, orientado mais pela pressão midiática e pela opinião pública do que por uma real capacidade de enfrentar as causas da criminalidade (FERRAJOLI, 2002). Zaffaroni reforça essa crítica ao afirmar que a expansão penal converte o direito em instrumento de gestão de riscos sociais, aproximando-o de um estado de exceção permanente (ZAFFARONI, 2006). Nesse sentido,

Ferrajoli estabelece uma vinculação indissociável entre democracia e garantia, na medida em que a própria democracia se constitui como um sistema de garantias. Assim, quando se ataca ou se estigmatiza o “garantismo”, especialmente nos mesmos espaços que outrora respaldaram regimes ditatoriais, o que, em verdade, se põe em xeque, sob o pretexto de um suposto excesso de garantias civis atribuídas aos “delinquentes”, é a própria democracia constitucional: a legalidade jurídica, que constitui o limite essencial de todo Estado de Direito. Sem garantias, não há democracia, tampouco Estado de Direito. Nesse contexto de avanço, ou, como observa Gunter Frankenberg, de normalização, do estado de exceção, não surpreendem as recorrentes críticas midiáticas ao garantismo, isto é, à própria ideia de que o cidadão, ainda que acusado ou condenado, deva ser titular de garantias e direitos fundamentais básicos, como o devido processo legal, a igualdade perante a lei, entre outros. A crítica ao garantismo, inserida nesse cenário internacional marcado pela ascensão da doutrina da segurança nacional, não é casual, nem tampouco inocente: revela um propósito deliberado de, em um ambiente permeado pela retórica dos “riscos”, “perigos” e “ameaças”, promover a erosão da legalidade no Direito, fragilizando a confiança em suas bases e obscurecendo o sentido e a finalidade de seus fundamentos, as garantias civis, impondo, gradualmente, a exceção como regra (ZAFFARONI; CROXATTO, 2015, p. 383, tradução nossa)¹⁴.

Em suma, a expansão do Direito Penal deve ser entendida como reflexo direto da sociedade do risco, marcada pela busca de proteção contra novas formas de insegurança. No entanto, sua legitimidade permanece em disputa, já que, se por um lado amplia a tutela de bens jurídicos coletivos, por outro compromete os limites

¹⁴Original: Ferrajoli vincula inextricablemente democracia y garantismo, porque la democracia es «garantías». Cuando se ataca o se estigmatiza (en los medios que apoyaron dictaduras) al «garantismo», lo que se ataca es, detrás de esta crítica al exceso de «garantías» civiles (de los «delincuentes») la democracia constitucional: la legalidad jurídica, límite de todo Estado de Derecho. Sin garantías no hay democracia y no hay Estado de Derecho. En el marco del avance (normalización, dirá Gunter Frankenberg) del estado de «excepción» no sorprenden las continuas críticas mediáticas al «garantismo», es decir, a la sola idea de que el ciudadano («delincuente») debe contar con «garantías» y derechos básicos (como el debido proceso, igualdad ante la ley, etc.). La crítica al garantismo -en este marco internacional, de auge de la doctrina de seguridad nacional- no es casual, tampoco inocente. Tiene un objetivo deliberado (en el marco del crecimiento de los «riesgos», los «peligros», las «amenazas»: erosionar la legalidad en el derecho. Erosionar la confianza en la legalidad, desdibujando el sentido y el fin de sus basamentos: las garantías civiles). Imponer gradualmente la excepción como regla.

constitucionais do poder punitivo, tensionando os alicerces do Estado Democrático de Direito.

A emergência da chamada sociedade do risco alterou a percepção social de segurança e deslocou expectativas sobre o papel do Direito Penal. Em vez de atuar apenas após a ocorrência do dano, multiplicam-se pressões para antecipar a tutela e ampliar a proteção de bens supra individuais em contextos organizacionais complexos (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Nesse cenário, o avanço da ciência e da tecnologia trouxe a promessa de solucionar desigualdades e assegurar bem-estar social, mas, como observa Beck, os mesmos processos de modernização também geraram riscos globais e difusos, característicos da modernidade tardia (BECK, 2010). Bauman acrescenta que tais riscos, longe de eliminar incertezas, acentuaram a sensação de insegurança permanente (BAUMAN, 1998).

Levando-se em consideração que os institutos jurídicos são moldados pela conjuntura histórica em que surgem, compreender esse contexto é fundamental para interpretar adequadamente a evolução normativa e doutrinária. Nesse sentido, torna-se necessária uma análise do surgimento de um novo Direito Penal, com características distintas da tradição clássica, refletindo os desafios e as particularidades da sociedade moderna¹⁵.

A expansão do Direito Penal, nesse contexto, reflete a tentativa do Estado de responder à crescente insegurança social. A busca por uma proteção maior se traduz na utilização do Direito Penal não apenas como uma ferramenta de repressão, mas como um instrumento de prevenção de danos, muitas vezes antes que o dano seja efetivamente causado. A criminalização de comportamentos geradores de risco, mesmo sem a ocorrência do dano, começa a ser vista como uma necessidade para garantir a segurança coletiva.

Como Machado enfatiza, a demanda por proteção gerada pela sociedade moderna "provoca no Direito Penal problemas novos e incontornáveis" (MACHADO, 2005, p. 94), uma vez que o sistema penal clássico, baseado em princípios como a

¹⁵ O termo "sociedade moderna" é utilizado conforme a concepção de Ulrich Beck, entendida como o momento social caracterizado pela pós-industrialização, pelo avanço científico e técnico, e pelas profundas transformações na organização do trabalho, nas estruturas sociais, nos estilos de vida, nas relações de poder e controle, bem como nas formas de participação política e nos sistemas normativos (BECK, 2010).

taxatividade e a lesividade, já não é suficiente para lidar com os novos tipos de riscos.

Esse movimento de expansão do Direito Penal se torna evidente com a introdução de normas que permitem a criminalização de comportamentos que antes eram considerados apenas de risco, mas que agora são abordados de forma preventiva. A criminalização de comportamentos com base no perigo abstrato e a antecipação da intervenção penal são aspectos centrais dessa transformação.

A aplicação da pena, portanto, passa a se basear mais na potencialidade de dano do que na efetiva consumação de um crime. Esse fenômeno, embora seja uma resposta legítima à sociedade que demanda segurança, também levanta questões sobre a legitimidade da intervenção penal, especialmente quando o risco é o único critério para a aplicação da pena, sem a comprovação de periculosidade individual.

Nesse ponto emerge o chamado paradoxo dos riscos¹⁶, uma vez que, ao ampliar o alcance do Direito Penal com o objetivo de reduzir incertezas, o Estado acaba produzindo novas formas de insegurança. Ao flexibilizar garantias em nome da proteção coletiva, instala-se um cenário em que o próprio sistema jurídico se torna fonte de risco, seja pelo enfraquecimento do devido processo legal, seja pela legitimação de práticas de exceção que corroem os fundamentos do Estado de Direito.

Essa ampliação do campo de atuação do Direito Penal leva à necessidade de uma reflexão sobre seus limites. O uso do Direito Penal para tratar de comportamentos que geram risco antes da ocorrência de um dano efetivo resulta, muitas vezes, em uma criminalização sem a devida consideração dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade. Como alerta Mendoza Buergo:

A presunção ou generalização do ônus do perigo ao interesse protegido acarreta óbvios problemas de legitimidade, que podem ser sintetizados no conflito com os princípios do dano e da culpabilidade por falta de resultado material, que ocorre na imposição de uma pena para fatos que individualmente não mostram um perigo suficiente pelo qual o autor pode

¹⁶ O chamado *paradoxo dos riscos* foi analisado por Ulrich Beck no âmbito da *sociedade de risco*, destacando como as tentativas de eliminar a incerteza acabam por produzir novas ameaças e inseguranças (BECK, 2010). No campo penal, essa lógica significa que, ao flexibilizar garantias em nome da prevenção de danos futuros, o próprio sistema jurídico se converte em fonte de risco, fenômeno retomado criticamente por Zaffaroni (2006) ao discutir a expansão punitiva e a normalização do estado de exceção.

ser responsabilizado, desviando-se, assim do princípio da proporcionalidade (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 80, tradução nossa).¹⁷

A expansão do Direito Penal, portanto, reflete uma mudança na sua função original. Passando de um mecanismo de repressão de crimes consumados para uma ferramenta de prevenção de riscos, o Direito Penal da Sociedade do Risco busca lidar com os novos tipos de ameaça que surgem em um mundo globalizado. Esse movimento está diretamente relacionado à crescente responsabilidade das corporações e seus dirigentes, que passam a ser responsabilizados não apenas pelas ações de seus funcionários, mas também pela criação de ambientes de risco.

A imposição de responsabilidade aos *Compliance Officers*, em sua função de garantir a conformidade das organizações com as normas legais, reflete essa tendência de responsabilização preventiva.

Em síntese, a expansão do Direito Penal no contexto da Sociedade do Risco é um reflexo da tentativa do Estado de se adaptar aos novos riscos sociais, especialmente aqueles gerados pela atividade empresarial. Essa adaptação implica uma criminalização preventiva de comportamentos que geram risco, com a ideia de que, para garantir a proteção coletiva, o Direito Penal deve intervir antes que o dano se materialize, o que gera desafios tanto para a legitimidade da intervenção quanto para a definição dos limites do poder punitivo estatal.

2.2 O Direito Penal clássico e a nova criminalidade

O Direito Penal acompanha as transformações sociais. O Direito Penal clássico se consolidou entre os séculos XVIII e XIX, no contexto do Iluminismo e da formação dos Estados liberais. O pano de fundo era a reação contra o Direito Penal do Antigo Regime, caracterizado pela arbitrariedade, pela severidade das penas e pela ausência de limites ao poder punitivo. Nesse período, o Direito Penal era instrumento de repressão estatal sem critérios racionais, marcado por punições

¹⁷ Original: La presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido conlleva evidentes problemas de legitimidad, que pueden resumirse en el conflicto con los principios de daño y culpabilidad por falta de resultado material, que se produce en la imposición de una sanción por hechos que individualmente no muestran un peligro suficiente por el que el autor pueda ser considerado responsable, desviándose así del principio de proporcionalidad.

cruéis, ausência de proporcionalidade e frequente instrumentalização política do processo criminal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007).

Conforme ensina Cláudio Brandão,

No iluminismo penal, apontava-se que a lei era o instrumento que possibilitava o corte entre duas realidades politicamente opostas: o terror penal e o Direito Penal liberal. Na primeira realidade não havia limite ao poder de punir, e o Direito Penal poderia ser – e efetivamente o era – usado pelos detentores do poder político para acomodar as situações que lhes eram desagradáveis; com a afirmação do princípio da legalidade defende-se um mecanismo que tem o condão de limitar essa situação descrita (BRANDÃO, 2014, p. 75-76).

A Escola Clássica desempenhou papel central na reconstrução do Direito Penal a partir de parâmetros racionais e garantistas. Beccaria estabeleceu princípios que ainda hoje informam a dogmática penal, como a legalidade (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”)¹⁸, a necessidade e proporcionalidade da pena, bem como a vedação de penas cruéis. Para o autor, o direito de punir não é ilimitado, mas deriva de um pacto social, devendo restringir-se ao estritamente necessário para a defesa da coletividade (BECCARIA, 2017).

Francesco Carrara, por sua vez, sistematizou os fundamentos do Direito Penal como ciência normativa, defendendo que o delito é uma “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” (CARRARA, 2001, p. 14). Essa concepção evidencia a centralidade da liberdade individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade moral no pensamento clássico¹⁹.

Outro marco importante do Direito Penal clássico é a vinculação ao princípio da lesividade²⁰. Somente condutas que causem efetiva lesão ou perigo concreto a bens jurídicos podem ser objeto de criminalização. Nesse sentido, Welzel recorda que a Escola Clássica inaugurou a ideia de que o Direito Penal deve proteger bens

¹⁸ A expressão “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” significa que não há crime nem pena sem lei anterior que os defina. Esse princípio, consagrado por Beccaria, encontra-se hoje no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal brasileira.

¹⁹ Para Carrara, a culpabilidade moral é elemento indispensável ao delito, distinguindo o Direito Penal de um mero sistema de repressão objetiva. Ele rejeitava a punição sem dolo ou culpa, pois entendia que a pena só se legitima quando recai sobre atos livres e conscientes (CARRARA, 2001).

²⁰ O princípio da lesividade limita a intervenção penal, impedindo a criminalização de condutas que não afetam bens jurídicos relevantes. Trata-se de manifestação do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal (FERRAJOLI, 2002).

jurídicos²¹ fundamentais, e não meramente impor uma moral oficial (WELZEL, 1976). A lesão a interesses individuais, como a vida, a integridade física e a propriedade, constituía o núcleo de incidência do Direito Penal, em oposição a delitos de mera desobediência.

Também é característica do Direito Penal clássico a exigência de dolo ou culpa como fundamentos da imputação subjetiva. A responsabilidade objetiva era, em regra, afastada, justamente para se preservar a dignidade da pessoa humana frente ao poder punitivo do Estado. Nesse sentido, Roxin afirma que a dogmática penal clássica estabeleceu o princípio da culpabilidade como limite intransponível: não há pena sem culpa (ROXIN, 1997).

Ademais, o Direito Penal clássico concebe a pena não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de prevenção e proteção social. A pena justa é aquela que guarda proporcionalidade com a gravidade do delito e a culpabilidade do agente, devendo respeitar a dignidade humana. Feuerbach, ao propor a teoria da coação psicológica, reforçou esse caráter preventivo e racional da sanção penal, entendida como mecanismo de intimidação geral, destinado a evitar futuras infrações (FEUERBACH, 1989).

Em resumo, o Direito Penal clássico construiu-se sobre pilares que ainda hoje orientam a teoria do delito: a legalidade, a lesividade, a culpabilidade e a proporcionalidade. Tais princípios constituíram reação ao arbítrio penal e conformaram o Direito Penal como ramo jurídico voltado à proteção de liberdades, e não à sua supressão. Como sintetiza Ferrajoli, “o Direito Penal mínimo é condição de um Estado Democrático de Direito, justamente porque limita o poder de punir e o submete ao império da lei” (FERRAJOLI, 2002, p. 274).

Todavia, a modernidade tardia trouxe desafios inéditos. A intensificação da globalização, o surgimento de corporações transnacionais e a ascensão da sociedade do risco ampliaram as formas de criminalidade, que passaram a atingir bens jurídicos coletivos e difusos. Jorge de Figueiredo Dias distingue, nesse cenário, o Direito Penal clássico, orientado à tutela de liberdades individuais, do Direito Penal

²¹ O bem jurídico surge como categoria dogmática a partir do Direito Penal clássico, representando valores essenciais à vida em sociedade (vida, integridade física, liberdade). Esse conceito evolui no século XX, ampliando-se para abranger bens coletivos, como o meio ambiente e a ordem econômica. Brandão afirma que o bem jurídico é o substrato valorativo do tipo penal, aquilo que dá conteúdo ao injusto e fundamenta a própria intervenção penal. Ainda, afirma que a ideia nasce da necessidade de limitar o poder de punir do Estado em um Estado Democrático de Direito (BRANDÃO, 2014).

secundário, vocacionado à preservação da ordem econômico-constitucional e à integridade de sistemas sociais complexos (DIAS, 1999).

Essa nova criminalidade, vinculada ao exercício do poder econômico, foi descrita por Jesús-María Silva Sánchez como crimes *of the powerful*, em contraposição aos crimes dos *powerless* típicos da dogmática clássica (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Com efeito, como observa Mayrink, a complexidade das corporações fragmenta a tomada de decisões, tornando mais difícil a imputação de condutas típicas a pessoas determinadas (MAYRINK, 2022). Esse fenômeno coloca em xeque categorias dogmáticas clássicas, como autoria e participação, além de suscitar debates sobre a posição de garantidor e a responsabilidade por omissão imprópria no âmbito empresarial. A própria ideia de culpabilidade exige releitura, sob pena de se incorrer em imputações objetivas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A doutrina crítica alerta, contudo, para os riscos de flexibilização excessiva desses limites. Buergo destaca que a tutela de bens coletivos têm conduzido à diluição de fronteiras entre tentativa e consumação, autoria e participação, bem como à relativização da culpabilidade (MENDOZA BUERGO, 2001). Greco reforça a crítica, advertindo que bens supra individuais podem ser mobilizados de forma arbitrária para legitimar expansões punitivas (GRECO, 2011).

Nesse sentido, fala-se em um “Direito Penal de duas velocidades”, no qual delitos patrimoniais ou contra a vida seguem a dogmática tradicional, ao passo que ilícitos econômicos e ambientais ensejam respostas cada vez mais antecipatórias e preventivas (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Jakobs observa que o Direito Penal contemporâneo é frequentemente utilizado como mecanismo de estabilização simbólica das expectativas sociais, promovendo a vigência da norma jurídica por meio da punição exemplar (JAKOBS, 2008). Contudo, esse uso simbólico pode converter o Direito Penal em mero instrumento de apaziguamento social, abrindo mão de seu papel garantista e de seus limites tradicionais, como a fragmentariedade, subsidiariedade, legalidade e culpabilidade.

Por sua vez, Kant lembra que a função essencial do direito é garantir que a liberdade de um não impeça a liberdade de outro, sempre sob a égide de uma lei comum de liberdade (KANT, 1954). Isso exige que, mesmo diante dos riscos e

pressões sociais, a atuação punitiva do Estado permaneça subordinada aos princípios da legalidade, da culpabilidade e da pessoalidade da pena.

Portanto, a compreensão aprofundada da sociedade do risco e da virada preventiva do Direito Penal é indispensável para a análise crítica da responsabilidade penal no âmbito empresarial e para a formulação de respostas jurídicas que sejam, ao mesmo tempo, eficazes na proteção dos bens jurídicos coletivos e rigorosas na observância das garantias individuais.

3. O JUÍZO DE EXIGIBILIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Conforme apresentado no primeiro capítulo do presente trabalho, a expansão do Direito Penal na chamada Sociedade do Risco²² pode ser compreendida como uma resposta estatal às novas formas de perigo decorrentes da complexidade social e, em especial, das atividades empresariais contemporâneas. Essa tentativa de adaptação tem conduzido à adoção de um modelo preventivo de criminalização, voltado a antecipar a intervenção penal diante de condutas potencialmente geradoras de risco.

Contudo, tal movimento suscita relevantes questionamentos acerca da legitimidade dessa antecipação punitiva e dos limites normativos do poder sancionador do Estado, tensionando os princípios fundamentais que tradicionalmente orientam o sistema penal.

Diante disso, torna-se imprescindível conter a tendência de ampliação das hipóteses de responsabilização penal por omissão. A simples posição de garantidor²³ não pode servir como fundamento suficiente para a imputação, sob pena de se admitir uma forma de persecução que desvirtua os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Tal perspectiva aproxima-se de um modelo de intervenção punitiva incompatível com a racionalidade do sistema penal contemporâneo, cuja legitimidade deve estar ancorada na proteção de bens jurídicos concretos e na observância estrita dos limites do poder punitivo.

Nessa linha, a compreensão do papel da exigibilidade assume importância central como categoria limitadora do Direito Penal, especialmente no campo da omissão imprópria. Assim, a intervenção penal deve se restringir a situações em que exista um dever jurídico claramente determinado e em que seja razoável esperar uma conduta diferente do agente. Essa concepção reafirma o caráter garantista e mínimo do Direito Penal, impedindo que ele seja utilizado como instrumento de

²² A teoria da *sociedade do risco*, desenvolvida por Ulrich Beck, explica que a modernidade não apenas criou avanços, mas também riscos globais e invisíveis, que afetam gerações presentes e futuras (BECK, 2010).

²³ A posição de garantidor, prevista no art. 13, §2º, do Código Penal, decorre da existência de um dever jurídico específico de agir, cuja inobservância torna o agente responsável pelo resultado que podia e devia evitar. Tal dever pode advir de três fontes principais: (a) de lei; (b) de contrato; ou (c) da assunção voluntária da responsabilidade pela proteção de determinado bem jurídico ou da criação de risco prévio à ocorrência do resultado (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 13, §2º).

controle social desproporcional ou como meio de punição simbólica de sujeitos pelo simples fato de integrarem estruturas de poder ou decisão.

Nesses termos, esclarecem Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira:

É do comando normativo que nasce a inserção da exigibilidade, [...]. Isto porque da omissão se extrai duas características: uma ontológica, nomeadamente que o sujeito possa faticamente realizar a ação; outra normativa, que seja devido ao sujeito executar a ação omitida. A questão da exigibilidade, que normalmente é tratada como um dos elementos da culpa, é requisito para a imputação do resultado na omissão imprópria, uma vez que só será penalmente relevante o evento se o sujeito ativo podia e devia agir para evitá-lo (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 56).

No âmbito da Teoria do Crime, o pressuposto fundamental para a compreensão da omissão penalmente relevante encontra-se no artigo 13, § 2º, do Código Penal, que delimita as situações em que a inação do agente pode gerar responsabilidade penal. Esse dispositivo legal estabelece as bases da denominada omissão imprópria, distinta da omissão própria, já contemplada na Parte Especial do Código. A partir dessa previsão normativa, torna-se indispensável incorporar o juízo de exigibilidade na análise das hipóteses descritas, de modo a assegurar que apenas as condutas omissivas dotadas de real possibilidade de ação e de dever jurídico concreto sejam consideradas penalmente relevantes.

3.1 A exigibilidade como princípio regulativo

Heinrich Henkel, em sua obra *Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo*, publicada originalmente em 1953, representa um dos marcos do pensamento penal neokantiano²⁴ do século XX. A reinterpretação henkeliana da exigibilidade marca um ponto de inflexão na dogmática penal do pós-guerra ao deslocar o tema do âmbito estreito da culpabilidade para o terreno metodológico da concretização do Direito.

Contra a opinião dominante que equiparava exigibilidade e culpabilidade normativa, Henkel sustenta que essa identificação “obstru[e] a correta inteligência do conceito de exigibilidade”, conduzindo, ao mesmo tempo, a uma subestimação de

²⁴ Henkel explicita a filiação kantiana da sua distinção: a função regulativa (e não constitutiva) orienta o uso do entendimento sem pretender fornecer categorias ou conteúdos prévios. Assim, princípios meramente regulativos não oferecem “jurisdição própria”, mas ordenam a atividade cognitiva rumo a um fim (focus imaginarius), o que Henkel transpõe à prática jurídica como técnica de concretização da decisão (HENKEL, 2005).

seu alcance e a uma superestimação de sua função (HENKEL, 2005, p. 46, tradução nossa). O autor procura, então, reconstruir o conceito de exigibilidade de conduta, tradicionalmente entendido como elemento da culpabilidade, e elevá-lo à categoria de princípio jurídico geral, aplicável a todo o sistema normativo. Desse modo:

A concepção segundo a qual este conceito pertenceria à culpabilidade normativa, aliás, que possivelmente lhe seria idêntico, tornou-se a opinião dominante. Dessa forma, a “exigibilidade” e a “inexigibilidade” são asseguradas antecipadamente a um lugar firme na discussão dogmático-penal, pois se as reconheça ou combata, em qualquer caso valendo exclusivamente como elemento conceitual da teoria da culpabilidade jurídico-penal. Que a sua localização impede a correta compreensão do conceito de exigibilidade e que isso resultou, por um lado, numa subestimação do seu âmbito de aplicabilidade, mas também, por outro, numa estimativa exagerada da sua função [...] (HENKEL, 2005, p. 46, tradução nossa).²⁵

Essa formulação inaugura uma nova compreensão da exigibilidade como instrumento metodológico, destinado a determinar, nos casos concretos, quais condutas podem ser razoavelmente exigidas de um sujeito, em conformidade com as circunstâncias de fato e os limites de sua capacidade de autodeterminação. Assim, a categoria de princípio regulativo em Henkel é formal e metodológica: não fornece “conteúdo” decisório ao intérprete, nem antecipa a solução do caso concreto. Em suas palavras, o regulativo “contrasta inteiramente com as cláusulas normativas”, porquanto “é por inteiro neutro” e “contém tão somente uma instrução de recorrer [...] a um concreto fenômeno vital do qual deve ser desenvolvida a própria norma de julgamento” (HENKEL, 2005, p. 126, tradução nossa).

De modo correlato, “fórmula normativa” é aquela que já traz consigo um conteúdo de valor e uma medida de julgamento, funcionando como premissa maior e antecipando a decisão a ser tomada por subsunção (HENKEL, 2005). A consequência metodológica é decisiva: a (in)exigibilidade não é um “fundamento material” de culpabilidade, nem um princípio constitutivo; é um guia formal que organiza o percurso argumentativo do julgador para delimitar in concreto os

²⁵ Original: La concepción según cual este concepto pertenecería a la culpabilidad normativa, es más, que posiblemente sería idéntico a ésta, se convirtió en opinión dominante. De este modo “exigibilidad” e “inexigibilidad” se aseguran de antemano un lugar firme en la discusión dogmático-penal, pues se las reconozca o combata, en cualquier caso ellas valen exclusivamente como un elemento conceptual de la teoría de la culpabilidad jurídicopenal. Que el ubicarlo allí obstruya la recta inteligencia del concepto de exigibilidad y que de ello haya resultado, por una parte, una subestimación de su ámbito de aplicabilidad, pero también, por otra, una estimación exagerada de su función [...].

contornos de direitos e deveres quando a norma geral é insuficiente (HENKEL, 2005).

Para Henkel:

O conceito de exigibilidade constitui um princípio presente em todo o domínio do Direito. Além disso, deve ficar claro o significado metodológico do princípio, que é o decisivo do argumento em questão. Com força impulsionadora pretende ser aplicada em todas as zonas fronteiriças em que a determinação dos deveres de fazer, prestar ou tolerar e, por outro lado, dos direitos correlatos, não possam ser concretizados por meio de uma norma (geral), mas onde só é possível definir concretamente os conteúdos tendo em conta todas as circunstâncias individuais. A aparição do princípio, seja na própria lei, seja no espaço juridicamente livre do Direito judicial, não implica, então, mais do que uma indicação ao órgão chamado a resolver, ainda que essa delimitação fuja à regulamentação abstrato-conceitual adequado à norma jurídica, fazê-lo por meio de um princípio regulador, que como tal não indica o conteúdo preciso da decisão, mas sim o caminho que a ela conduz, instruindo que se resolvam os limites incertos dos poderes e deveres jurídicos de acordo com o conjunto de todas as circunstâncias perceptíveis do caso singular e através de uma ponderação específica dos critérios avaliativos que são apresentados (HENKEL, 2005, p. 73).²⁶

O que Henkel defende é a compreensão da exigibilidade como um princípio de carácter regulador, capaz de funcionar como instrumento de solução para casos concretos situados em zonas de fronteira do Direito Penal. Segundo sua proposta, a exigibilidade deve permear toda a estrutura da teoria do delito, desde a tipicidade até a culpabilidade, alcançando inclusive a dimensão da antijuridicidade. Henkel descreve a exigibilidade como “princípio presente em todo o domínio do Direito”, reclamando aplicação em todas as zonas fronteiriças nas quais a definição de deveres (de fazer, prestar ou tolerar) não se alcança por norma geral, mas apenas por fixação concreta “tendo em conta todas as circunstâncias individuais” (HENKEL, 2005, p. 73, tradução nossa).

²⁶ Original: [...] el concepto de exigibilidad constituye un principio presente en el conjunto del dominio del Derecho. Debiera haber quedado de manifiesto, además, la significación metodológica del principio, que es lo decisivo del argumento en cuestión. Con impelente fuerza reclama ser aplicado en todos los ámbitos fronterizos en que la determinación de los deberes de hacer, prestar o tolerar y, por otro lado, los derechos correlativos, no se puede alcanzar mediante una norma (general), sino donde sólo es factible fijar concretamente los contenidos teniendo en cuenta todas las circunstancias individuales. La comparecencia del principio, sea en la ley misma, sea en el espacio legalmente libre del Derecho judicial, entraña, pues, nada más que una indicación al órgano llamado a resolver – por más que aquella delimitación escape de la regulación abstracto-conceptual adecuada a la norma jurídica – de hacerlo por medio de un principio regulativo, que como tal no señala el contenido preciso de la decisión, pero sí el camino que lleva a ella, instruyendo que se decidan los límites inciertos de facultades y deberes jurídicos según el conjunto de todas las circunstancias perceptibles del caso singular y a través de una concreta ponderación de los criterios valorativos que se presentan.

Daí resulta sua transversalidade dogmática: a exigibilidade serve de condição metodológica para interpretação na tipicidade e na antijuridicidade (delimitação objetiva de deveres e direitos quando a regra é insuficiente), e também na culpabilidade, não como “fundamento” exculpante, mas como critério para fixar os limites do dever contido no elemento normativo do juízo de reproche (HENKEL, 2005).

Desse modo, ressalta o autor que, enquanto princípio regulativo, a exigibilidade não carrega um conteúdo valorativo próprio, distinguindo-se, portanto, dos princípios de natureza normativa, os quais trazem em si um juízo de valor (HENKEL, 2005).

Acerca do caráter normativo, Henkel estabelece que:

Devemos considerar como "normativa" aquela fórmula que carrega em si um conteúdo de valor e uma medida de julgamento e que, portanto, funciona como normatizadora, oferece como diretriz legislativa uma premissa maior de decisão e, com ela, antecipa, por assim dizer, a decisão judicial enquanto aplicação da norma (HENKEL, 2005, p. 126, tradução nossa).²⁷

Já sobre o princípio regulativo tem-se que este:

[...] está em total contraste com as cláusulas normativas. Não contém conteúdo valorativo ou qualquer medida de valor, mas é completamente neutro e, portanto, não normatiza nem é constitutivo para a sentença. Como princípio puramente formal, não está em condições de antecipar o julgamento do caso individual, mas contém apenas uma instrução para se recorrer, isto é, para remontar-se a um concreto fenômeno vital a partir do qual a própria norma de julgamento deve ser desenvolvida (HENKEL, 2005, p. 126, tradução nossa).²⁸

Logo, o “manual de uso” henkeliano pode ser sintetizado em quatro etapas articuladas:

(a) Diagnóstico de indeterminação: reconhecer a zona de fronteira em que a regra geral não encerra, por si só, o conteúdo do dever (HENKEL, 2005).

²⁷ Original: Hemos de considerar como “normativa” aquella fórmula que lleva en sí un contenido de valor y una medida de juzgamiento, y que, por tanto, funciona como dador de normas, ofrece como directriz legislativa una premissa mayor de decisión y, con ello, anticipa, por decirlo así, la sentencia judicial en cuanto aplicación de la norma.

²⁸ Original: [...] contrasta enteramente con las cláusulas normativas. No entraña contenido valorativo ni medida de valor algunos, sino que es del todo neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan sólo una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento.

(b) Remontagem fática: colher todas as circunstâncias individuais (posição do agente, meios disponíveis, janela temporal, riscos criados, alternativas institucionais), a chamada “remontada ao fenômeno vital” (HENKEL, 2005, p. 126).

(c) Construção da norma de decisão: delimitar concretamente o dever (ou a esfera de direito) para aquele caso, com ponderação específica dos critérios relevantes (HENKEL, 2005, p. 73).

(d) Neutralidade e controle: o regulativo não substitui a valoração jurídico-penal; sua função é estruturar o raciocínio que poderá produzir efeitos na tipicidade, na antijuridicidade ou na culpabilidade (HENKEL, 2005).

Vê-se, então, que essa proposta surge em um contexto marcado pela hegemonia da concepção normativa da culpabilidade²⁹, de inspiração neokantiana, predominante na dogmática penal alemã do pós-guerra. Henkel, contudo, supera essa abordagem ao sustentar que a exigibilidade não é um mero componente da culpabilidade, mas uma diretriz hermenêutica que regula a própria aplicação do Direito.

Assim, Henkel rompe com a tradição que transformou a exigibilidade em denominador comum das exculpantes e fundamento material da culpabilidade. Na sua réplica, afirma que à inexigibilidade cabe papel secundário e auxiliar, como critério de determinação in concreto dos limites do dever presente no elemento normativo do juízo de reproche; por isso, a exigibilidade não fundamenta materialmente a culpabilidade (HENKEL, 2005). Ou seja, ao alterar a exigibilidade do nível constitutivo para o regulativo, Henkel amplia seu espectro de aplicação e evita o giro apriorístico que reduziria a análise à esfera psico-moral da culpa (HENKEL, 2005).

Sendo assim, o critério da exigibilidade, conforme formulado por Henkel, atua como condição metodológica de interpretação de todas as normas jurídicas, situando-se em um plano superior ao das regras positivas. Ao concebê-lo como

²⁹ A chamada *concepção normativa da culpabilidade*, predominante na dogmática penal alemã do pós-guerra, surge como reação às teorias psicológicas da culpa, que identificavam a culpabilidade com o vínculo subjetivo entre vontade e resultado. A partir do neokantismo, autores como Edmund Mezger, Reinhart Maurach e Hans Welzel reformulam o conceito, entendendo a culpabilidade como juízo de reproche normativo dirigido ao agente que podia agir de modo diverso. Assim, o juízo de culpabilidade passa a depender da possibilidade de comportamento conforme o dever (*Zumutbarkeit*), isto é, da exigibilidade de conduta diversa. Nesse contexto, Henkel parte dessa tradição, mas a supera, ao sustentar que a exigibilidade “*no se presta para ser contada entre los conceptos a priori... aparece como un concepto condicionado, inducido de la materia particular que muestre un Derecho existente*” (HENKEL, 2005, p. 17-18), transformando-a de elemento da culpabilidade em princípio regulativo geral do Direito.

princípio regulativo, o autor lhe atribui um caráter formal e orientador, e não um valor substancial em si mesmo³⁰. Sua função consiste em guiar o intérprete na concretização do Direito, auxiliando-o a delimitar, em cada caso concreto, os limites dos deveres jurídicos e das possibilidades humanas de conduta.

Sobre esta proposta apresentada por Henkel, os professores Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira estabelecem que:

Henkel postula uma completa desvinculação e, para tanto, desenvolve uma ideia original e inédita sobre a exigibilidade, tratando-a como um princípio jurídico regulativo que extrapolaria os limites da culpabilidade, até mesmo do Direito Penal, e alcançaria os demais ramos do direito. Nesse caminho, a exigibilidade seria uma fórmula sem conteúdo definido e valorativamente neutra, pois, como princípio regulativo, não estaria em condições de antecipar os juízos sobre o caso individual, funcionando apenas como um instrumento auxiliar para se recorrer – nesse caso para o juiz do processo – e, portanto, delimitar as esferas do direito e do dever (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 67).

E acrescentam:

É do comando normativo que nasce a inserção da exigibilidade, [...]. Isto porque da omissão se extrai duas características: uma ontológica, nomeadamente que o sujeito possa faticamente realizar a ação; outra normativa, que seja devido ao sujeito executar a ação omitida. A questão da exigibilidade, que normalmente é tratada como um dos elementos da culpa, é requisito para a imputação do resultado na omissão imprópria, uma vez que só será penalmente relevante o evento se o sujeito ativo podia e devia agir para evitá-lo (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 56).

A exigibilidade, portanto, não é previamente determinada pelo ordenamento jurídico, mas é construída pelo julgador a partir da análise das circunstâncias do caso, servindo como critério de ponderação e razoabilidade. Como destaca Henkel, trata-se de uma cláusula neutra e desprovida de conteúdo que deve ser adequada a cada caso concreto (HENKEL, 2005).

Ademais, a ideia de Henkel vai além de simplesmente estabelecer uma obrigação normativa. Ele propõe que a exigibilidade seja aplicada de maneira flexível, de modo a permitir o ajuste entre o dever imposto pela norma e as condições concretas do agente. Conforme apresentado por Brandão e Siqueira,

³⁰ Essa distinção é crucial para compreender o alcance do pensamento henkeliano. O autor desloca o debate da esfera moral ou psicológica da culpabilidade para o plano da metodologia jurídica, convertendo a exigibilidade em uma categoria transversal a todo o Direito. Desse modo, a exigibilidade deixa de ser apenas um pressuposto da reprovação pessoal e passa a ser um método de concretização da norma jurídica.

A obra de Freudenthal inaugura uma disputa vencida pelo autor, uma vez que, ao tornar a exigibilidade o elemento central da reprovabilidade e exclusivo da culpabilidade, acaba por limitar a função e importância da exigibilidade dentro da teoria do crime, primordialmente no estudo do injusto penal. Além disso, Freudenthal liga o conceito material de culpabilidade à exigibilidade, criando e desenvolvendo limites rígidos e pouco flexíveis na sua análise (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 57).

Nesse sentido, a exigibilidade se configura como uma ferramenta de interpretação que orienta o juiz na determinação dos limites do dever jurídico no âmbito do Direito Penal. Ela não apenas regula a possibilidade de o agente cumprir o dever, mas também ajusta o poder punitivo do Estado, de modo a garantir que a responsabilidade penal seja atribuída apenas quando realmente exigível de acordo com a situação do agente.

Henkel, portanto, propõe que a exigibilidade tenha um ponto unitário em sua fórmula para ser aplicada de forma coerente nos diferentes ramos do Direito. Isso inclui o Direito Penal, onde a exigibilidade pode servir como um limite ao dever jurídico imposto pela lei, estabelecendo uma fronteira entre o que é exigível e o que é inaplicável devido às circunstâncias e valores do caso concreto, que o legislador não poderia alcançar de maneira direta e abstrata. Conforme apresentado por Henkel:

No âmbito de nossa pesquisa, porém, não podemos deixar de perseguir o mais modesto objetivo de demonstrar, por meio de alguns exemplos particulares, a função unitária da fórmula de exigibilidade nos diversos setores do Direito, a fim de com ela preparar as premissas de especial esclarecimentos que a teoria jurídico-penal exige (HENKEL, 2005, p. 63, tradução nossa)³¹

Dessa maneira, a exigibilidade garante que a responsabilidade penal seja sempre ajustada à realidade do indivíduo e ao contexto da situação, impedindo que se imponham obrigações irrealizáveis ou desproporcionais. Desse modo, a exigibilidade torna-se instrumento de interpretação das normas, não possuindo valor por si própria (HENKEL, 2005).

Contudo, Henkel enfatiza que essa liberdade interpretativa não significa arbitrariedade, mas deve se basear no que ele chama de “bom senso”. Assim, em

³¹ Original: En el marco de nuestras investigaciones, sin embargo, sólo se puede perseguir el más modesto objetivo de demostrar, de la mano de algunos ejemplos particulares, la *función* bajo todo punto *unitaria* de la fórmula de la exigibilidad en los diversos sectores del Derecho, para preparar con ello las premissas de la especial aclaración que precisa la teoría jurídico-penal.

cada caso concreto, deve o julgador exercer o “bom senso”, o qual é utilizado como limitador dos deveres a serem imputados ou não ao indivíduo.

A neutralidade do regulativo não confere discricionariedade livre. Assim, Henkel exige do juiz disciplina metodológica e “bom senso” como técnica de concretização: a decisão deve ser reconduzida às circunstâncias do caso e aos critérios do ordenamento, sem pretensão de universalizar um conteúdo normativo que o próprio regulativo não porta (HENKEL, 2005). Nas palavras de Henkel:

[...] o emprego do elemento regulativo pelo juiz não constitui aplicação de uma norma, nem obtenção da sentença por subsunção a uma premissa maior decisória, mas sim criação normativa mediante o uso de um conceito que não coloca à disposição do juiz qualquer conteúdo decisório, limitando-se a indicar que este determine autonomamente, com o auxílio do elemento regulativo, os limites das esferas duvidosas de direito e dever (HENKEL, 2005, p. 127, tradução nossa)³².

Com base nessa leitura, Henkel propõe que a exigibilidade funcione como foco orientador do raciocínio jurídico, sendo uma ideia-limite que permite ao Direito adaptar-se à complexidade da vida prática sem renunciar à racionalidade normativa. Trata-se, portanto, de um princípio que não determina o justo, mas indica o modo como o justo deve ser buscado³³ (HENKEL, 2005).

Henkel concebe, assim, a exigibilidade como um princípio de justiça concreta, um meio de ajustar o Direito às condições reais da existência humana. A exigibilidade passa, então, a operar como critério de legitimação da norma, garantindo que o Direito não exija do homem mais do que ele possa razoavelmente realizar (HENKEL, 2005).

3.2. Os âmbitos dogmáticos da exigibilidade para Heinrich Henkel

À luz da proposta de Heinrich Henkel, o dever de agir deve ser aferido pelo critério da exigibilidade entendido como princípio jurídico regulativo, não constitutivo: uma cláusula formal, axiologicamente neutra, que não antecipa a solução do caso,

³² Original: [...] el empleo de lo regulativo por el juez no es aplicación de una norma ni obtención de la sentencia por subsunción en una premissa mayor decisoria, sino creación normativa sirviéndose de un concepto que no pone a disposición del juez contenido de decisión alguno, mas sólo le indica que determine autónomamente, con la ayuda del elemento regulativo, los límites de las esferas dudosas de derecho y deber.

³³ No plano filosófico, Henkel se ancora diretamente na tradição crítica kantiana. Kant distingue entre conceitos constitutivos, que determinam o que é, e conceitos regulativos, que apenas orientam o uso do entendimento, sem fornecer-lhe conteúdo empírico (HENKEL, 2005).

mas orienta o intérprete a construir, a partir das circunstâncias concretas, a norma de decisão que delimita os contornos do dever no caso individual (HENKEL, 2005).

Por isso, a exigibilidade não se esgota na culpabilidade nem funciona apenas como “causa” autônoma, e sim como instrumento metodológico que opera de modo distinto em cada âmbito dogmático: no plano objetivo (tipicidade e antijuridicidade), serve para individualizar deveres e direitos quando a norma geral é insuficiente, permitindo traçar limites em situações-limite; no plano pessoal (culpabilidade), atua para definir concretamente os limites do dever contido no elemento normativo do juízo de reproche, podendo, nessa medida, conduzir ao afastamento da responsabilidade quando outra conduta não podia ser razoavelmente exigida do agente (exigibilidade como critério e não como fundamento exclusivo) (HENKEL, 2005).

Essa arquitetura depende, ainda, da distinção henkeliana entre princípios normativos (portadores de medida de valor) e princípios regulativos (sem conteúdo valorativo prévio), sendo a exigibilidade situada por Henkel no segundo grupo. A partir daí, tem-se seu alcance transversal, como conceito jurídico geral aplicado também para corrigir ou completar a lei em zonas cinzentas, inclusive fora do Direito Penal, sempre para “fechar” o conteúdo do dever à luz do caso concreto.

Em síntese, articulando esse esquema com a doutrina contemporânea, Planas estabelece que o dever de agir do autor deve ser analisado com base no critério da exigibilidade, sendo absolutamente possível o afastamento da responsabilidade penal (ROBLES PLANAS, 2021).

3.2.1 A imputação de um dever nos casos de omissão imprópria

Henkel destaca que o problema se coloca com perfeita homogeneidade metodológica nos delitos omissivos impróprios: a responsabilidade do omitente se agrava porque se imputa um resultado tipicamente desaprovado por ter permanecido inerte (HENKEL, 2005, p. 88-89, tradução nossa).

Nessa matéria, o regulativo da exigibilidade funciona como filtro para delimitar se (e até onde) era exigível do agente impedir o resultado, guiando a construção da norma de decisão adequada ao caso, o que explica seus efeitos diferenciados na tipicidade/antijuridicidade (plano objetivo) e na culpabilidade (plano pessoal)

(HENKEL, 2005). Assim, o dever de impedir o resultado deve ser analisado levando-se em consideração o princípio da exigibilidade. Nas palavras de Henkel,

Com perfeita homogeneidade metodológica, o problema foi plantado nos delitos impróprios de omissão. Como é sabido, se diferencia dos delitos próprios da omissão em que a responsabilidade pela omissão se agrava quando ele não só tem que responder por sua inatividade, mas também se imputa a produção de um resultado tipicamente desaprovado como consequência de ter permanecido inerte (HENKEL, 2005, p. 88-89, tradução nossa).³⁴

Seguindo este raciocínio, ao tratar sobre os crimes omissivos impróprios em sua obra *Estudos de Dogmática Jurídico-Penal*, Ricardo Robles Planas apresenta que:

[...] a desaprovação típica destas condutas deverá ser negada nos casos em que os objetos, as prestações ou as atividades que o terceiro deriva ao delitivo deixam de estar submetidas a controles ou requisitos especiais e tampouco existiu a assunção do dever de impedir que o controlado redunde em um benefício a terceiro [...] (ROBLES PLANAS, 2021, p. 143).

Em Robles Planas, portanto, a exigibilidade deve ser tratada como categoria metodológica transversal a todas as etapas do conceito de crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), e não como mero “fundamento material” de exculpação. Seu papel é orientar a interpretação das instituições penais à luz do poder de agir de modo diverso do agente (ROBLES PLANAS, 2021), isto é, tendo presente o que o sujeito efetivamente podia fazer e o que, juridicamente, lhe era devido no caso concreto. Nessa chave, a exigibilidade opera como critério regulativo que delimita in concreto conteúdo e limites dos deveres e direitos relevantes à imputação (HENKEL, 2005).

Nesses termos, o dever de agir em casos de crimes omissivos ocorre de maneira diferente ao que ocorre nos casos de crimes comissivos, de modo que o autor esclarece que:

Nos delitos de omissão, quando a execução da ação indicada implica uma colocação em perigo dos próprios interesses além da vida, integridade e liberdade, a inexigibilidade opera impedindo a responsabilidade penal. Não

³⁴ Original: Con perfecta homogeneidad metodológica se plantea el problema en los delitos improprios de omisión. Como es sabido, se diferencian de los delitos propios de omisión en que la responsabilidad del omitente se agrava en cuanto él no sólo ha de responder por su inactividad, sino también se le imputa la producción de un resultado típicamente desaprovado como consecuencia de haber permanecido inerte.

existe consenso se somente com efeitos exculpantes ou se já restringindo o alcance do dever de ação e com isso excluindo a tipicidade da conduta» ou sua antijuridicidade (o que é importante para efeitos de participação e erro). O diferente significado da inexigibilidade na comissão ativa em relação à omissiva não está suficientemente esclarecido. Por um lado, argumenta-se que nos delitos dolosos de comissão se espera de maneira geral que o autor não lesione um bem jurídico, salvo se existir uma situação de necessidade para a vida, integridade ou liberdade para ele mesmo. Diferentemente, não existe essa mesma expectativa nos casos em que se omite uma ação contrária a dever cuja execução implicaria um prejuízo a algum bem jurídico do autor. No entanto, esta conclusão pesa contra a equiparação normativa da omissão à ação, ao menos em certos casos com caráter estrutural (ROBLES PLANAS, 2021, p.166).

Desse modo, a interpretação guiada pela exigibilidade depende de distinguir poder e dever:

(a) Poder (poder agir de modo diverso): refere-se à capacidade fática do agente, isto é, aos meios, tempo e posição que lhe permitiam realizar a ação exigida;

(b) Dever: decorre de um imperativo jurídico que imputa ao agente a obrigação de atuar.

Como sublinha a doutrina, da omissão extraem-se sempre dois vetores: um ontológico (poder fático) e outro normativo (dever jurídico). Só há relevância típica quando o agente podia e devia agir para evitar o resultado (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017). Esse é justamente o núcleo do juízo de exigibilidade aplicado às omissões (ROBLES PLANAS, 2021).

Assim, conforme destacado pelo autor, a inexigibilidade é reconhecida, em linhas gerais, como componente da culpabilidade, embora apresente diferentes gradações teóricas que dificultam a fixação de um denominador comum acerca do instituto (ROBLES PLANAS, 2021). Ademais, conforme apresentado pelo autor, ganha força a compreensão de que a inexigibilidade deve ser lida como princípio regulativo imanente a todo o método penal, orientando a interpretação de cada uma das etapas do conceito de crime à luz do poder de agir do indivíduo. Sendo assim,

Neste sentido, convém continuar explorando vias que recolham "núcleo de verdade" que contém a ideia de inexigibilidade, integrando-o adequadamente à estrutura da teoria do delito, e que sejam capazes de promover a delimitação de grupos de casos concretos. Uma possibilidade pouco explorada -e que aqui somente pode ser apontada em linhas gerais- consistiria em situar o problema já na incapacidade do próprio Direito de regular adequadamente (leia-se: de forma justa) certas situações de grave conflito para o cidadão: o Estado entrará em contradição consigo mesmo se, por um lado, exigir um comportamento em determinado sentido mas, por outro, não oferecer ou for incapaz de oferecer ao sujeito alternativas de

atuação, mais ou menos institucionalizadas e disponíveis- para evitar o conflito. Isso, em realidade, comportaria reconhecer um significado à inexigibilidade fora do âmbito da culpabilidade (ROBLES PLANAS, 2021, p. 163).

Diante disso, o autor indaga “[...] se é preciso promover a distinção entre justificantes e exculpantes, como propõe a doutrina majoritária [...]” (ROBLES PLANAS, 2021, p. 163), reforçando uma ideia de que à exigibilidade comporta reconhecer um significado além do âmbito da culpabilidade.

Desse modo, o dever de agir do autor deve ser analisado com base no critério da exigibilidade, sendo absolutamente possível o afastamento da responsabilidade penal (ROBLES PLANAS, 2021). Ademais, para que a referida concepção de exigibilidade seja aplicada, torna-se necessário observá-la como causa de exclusão do injusto. Quanto a isso, Heinrich Henkel apresenta em sua proposta a afirmação de que a exigibilidade varia de acordo com o âmbito dogmático, conforme já apresentado anteriormente no presente trabalho. Sendo assim, estabelece dois planos, o primeiro representado pelo módulo objetivo, abrangendo a tipicidade e a antijuridicidade, ligado ao fato em si e o segundo representado pelo exame pessoal, abrangendo a culpabilidade, cuja análise volta-se à reprovabilidade (HENKEL, 2005).

Desse modo, Henkel divide com precisão os módulos objetivo e subjetivo, estabelecendo que a exigibilidade pode ser usada como ferramenta em ambos, mas com sentidos distintos. A exigibilidade delimita, então, o alcance do dever no caso concreto (HENKEL, 2005).

Nos crimes omissivos impróprios, a problemática é, como já observava Henkel, “metodologicamente homogênea”: imputa-se resultado por inação, de modo que a delimitação do dever de impedir passa necessariamente pelo juízo de exigibilidade (HENKEL, 2005). Em consonância a isso, Planas estabelece que esse juízo pode operar já no plano objetivo, restringindo o dever de ação e, com isso, excluindo a tipicidade (ou a antijuridicidade), ao contrário do que costuma ocorrer nos delitos comissivos dolosos, em que a inexigibilidade atua tipicamente como exculpante (ROBLES PLANAS, 2021).

Além disso, Planas oferece critérios materiais para a construção do dever omissivo, úteis para separar imputações legítimas de expansões objetivistas: a desaprovação típica deve ser negada quando as atividades transferidas deixam de

estar submetidas a controles especiais ou não houve assunção do dever de impedir que a conduta controlada beneficie terceiro (ROBLES PLANAS, 2021). E, nos contextos organizacionais, somente quando o que o superior não impede integra o círculo de prestações derivado de sua organização inicial haverá a relação de sentido que autorize a censura pelo dano (ROBLES PLANAS, 2021). Esses parâmetros operacionalizam o método regulativo henkeliano no terreno omissivo.

Com isso, fica nítida a diferença estrutural entre omissão própria e omissão imprópria. Na omissão própria a tipicidade nasce do núcleo omissivo “deixar de...”. A exigibilidade atua confirmando que o agente podia e devia praticar a ação mandada pelo tipo. O foco está no não-fazer descrito (ROBLES PLANAS, 2021). Já na omissão imprópria, a tipicidade resulta da interpretação sistemática entre o tipo comissivo de resultado e o art. 13, §2º, CP. Aqui, o juízo de exigibilidade é constitutivo da imputação do resultado: sem poder (capacidade fática) e dever (imperativo jurídico), não há imputação típica do resultado ao omitente (ROBLES PLANAS, 2021).

Seguindo-se este pensamento, Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira apresentam a ideia de Claus Roxin, de modo que:

À primeira vista, juntando todas as informações aqui suscitadas, poder-se-ia concluir que Roxin desvincula o conceito de exigibilidade – conceito, em tese, vazio e indefinível – do conceito material da culpabilidade. Sem embargo, pensamos que o próprio autor acaba «expulsando da casa a visita posteriormente recebida pela janela». Num texto bastante esclarecedor, ele acaba iniciando a discussão afirmando que a exigibilidade é totalmente carente de conteúdo e funciona apenas – em consonância com Henkel – como princípio jurídico regulativo, servindo apenas de apoio para o juiz decidir a questão no caso em concreto, concluindo, por conseguinte, que a exigibilidade de conduta diversa não pode fundamentar materialmente a culpabilidade (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 64-65).

A inexigibilidade de conduta diversa surge, portanto, como um princípio regulador que deve ser aplicado com base nas circunstâncias do caso concreto. A omissão imprópria, que envolve a falta de uma ação que, em princípio, poderia impedir a consumação do crime, é punível apenas quando o agente realmente tinha o dever de agir e a possibilidade concreta de evitar o resultado. Assim, a inexigibilidade não deve ser vista apenas como uma exclusão da culpabilidade, mas como um fator que orienta o Direito Penal para assegurar que a responsabilidade por omissão seja atribuída apenas quando o agente realmente poderia ter evitado o resultado (HENKEL, 2005).

Ainda segundo Planas (2021), o dever de agir em casos de omissão imprópria não é absoluto, e sua imposição depende de uma análise específica do caso, tendo em vista que

Efetivamente, se não se quer cair em uma atribuição puramente objetiva de responsabilidade, deverá reconhecer-se que somente quando aquilo que não é impedido pelo superior hierárquico (isto é, a atividade lesiva do inferior) forma parte do círculo de prestações a terceiros que se deriva de sua organização inicial, existirá a relação de sentido necessária para que também ele seja censurado pelo dano (ROBLES PLANAS, 2021. p. 146-147)

Sendo assim, a análise da exigibilidade, neste caso, deve ser feita de maneira cuidadosa, para não imputar ao agente uma responsabilidade penal que não condiz com as condições em que ele se encontrava. Caso contrário, a omissão não poderá ser penalizada, pois, como já se afirmou, a exigibilidade de conduta diversa não pode ser interpretada de forma a sobrecarregar o agente com responsabilidades que ele não tinha condições de cumprir.

Nesse momento, a causalidade da omissão imprópria surge como um aspecto que não pode ser desconsiderado na análise do dever de agir. Como bem destacado por Brandão e Siqueira,

[...] é uma herança do positivismo a vinculação das espécies de conduta humana ao problema da causalidade. Por conseguinte,ncumpre pôr em relevo que tal vinculação produz efeitos de grande monta na epistemologia penal: os conceitos de ação e omissão são ontológico se adquirem significado no Direito Penal apenas se forem vinculados, pela causalidade, à produção de um resultado penalmente relevante.” (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 46).

Isso implica que, para que a omissão seja considerada penalmente relevante, é necessário que se estabeleça uma relação causal entre a falta de ação e o resultado ilícito. Desse modo, “Tanto as ações quanto as omissões adquirem relevância penal através da moldura da tipicidade, que as torna dignas de uma pena criminal.” (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 46).

A omissão, portanto, será considerada causadora do resultado apenas quando se comprovar que, em uma situação em que o agente tinha o dever de agir, a sua inação contribuiu diretamente para a ocorrência do evento danoso. Sendo assim,

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 («A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem»). 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; SIQUEIRA, 2017, p. 48).

Em síntese, a exigibilidade de conduta diversa se revela como um limite essencial à responsabilização penal por omissão imprópria. Se o agente não tinha meios ou possibilidades de agir para evitar o resultado, a omissão não pode ser tratada como uma falha que justifique a intervenção do Direito Penal. Ademais,

A grande questão decorrente dessa relação ideal de causalidade omissiva imprópria é que o juízo de exigibilidade da conduta, que normalmente é feito no âmbito da culpa, é antecipado para a tipicidade (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 48).

Desse modo, no âmbito da causalidade omissiva imprópria, é necessário antecipar o juízo de exigibilidade, deslocando-o para um momento anterior ao da análise da culpabilidade. Nessa hipótese, a avaliação acerca do que se podia exigir do agente não serve à reprovação da culpa, mas sim à verificação da imputação típica do resultado, isto é, à análise de se o resultado lesivo pode ser juridicamente atribuído à sua omissão (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017).

Nesse mesmo sentido ensina Robles Planas, ao admitir que nos delitos de omissão, a inexigibilidade poderia operar “[...] já restringindo o alcance do dever de ação e com isso excluindo a tipicidade da conduta [...]” (ROBLES PLANAS, 2021, p. 166), tendo em vista que “[...] a inexigibilidade como causa de exculpação, [...] somente é válido para os delitos dolosos de comissão ativa [...]” (ROBLES PLANAS, 2021, p.169). Desse modo, a antecipação do juízo de exigibilidade na tipicidade omissiva imprópria torna-se um caminho viável para uma potencial limitação ao poder punitivo estatal.

4. OMISSÃO IMPRÓPRIA

A intensificação da complexidade, notadamente no domínio econômico, gera cenários em que a elucidação dos fatos e a definição de responsabilidade penal se tornam especialmente problemáticas. No interior desse cenário, o Direito Penal Econômico consolidou-se como um campo com especificidades próprias, irradiando impactos sobre múltiplas frentes dogmáticas. Nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira, o Direito Penal econômico “[...] possui particularidades próprias, que refletem em diversas órbitas” (SILVEIRA, 2016, p. 34).

Nesse sentido, os delitos econômicos passam a operar como novo paradigma de elaboração teórica, deslocando o foco do tradicional modelo centrado no homicídio e projetando a tutela de bens supraindividuais e da regularidade das atividades empresariais (FLORÊNCIO FILHO; ARANHA, 2019), conforme será trabalhado em capítulo subsequente do presente trabalho.

Ademais, é imperioso mencionar no presente capítulo que, nas organizações complexas, marcadas por alta hierarquização, divisão funcional e assimetria informacional, a pluralidade de agentes e o fracionamento de ações e dados ampliam as zonas de incerteza. Desse modo, subordinados podem atuar sem consciência do contexto de seus atos (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Nesse ambiente de “irresponsabilidade organizada”³⁵, a dogmática, desde o fim do século XX, intensificou tanto o apelo a tipos de perigo quanto o reconhecimento de formas omissivas de atuação. Mas, diferentemente do agir comissivo, a omissão não se oferece como evento físico verificável, exigindo uma construção normativa própria (SILVEIRA, 2016).

Esse diagnóstico impõe um itinerário metodológico: para compreender a omissão, é preciso antes compreender a conduta humana e as teorias da ação. O estudo da conduta é ponto de partida da teoria do delito. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade organizam-se a partir de como se concebe o agir (ou o não agir) no Direito Penal.

³⁵ Emprega-se aqui a categoria sociológica de “irresponsabilidade organizada” (*organisierte Unverantwortlichkeit*), formulada por Ulrich Beck para descrever como, em contextos de alta complexidade institucional e técnica, a divisão funcional de decisões e de informação dilui nexos de imputação e dificulta a identificação de responsáveis por danos sistêmicos. A expressão aparece de modo programático em *Gegengifte* e é retomada no quadro mais amplo da sociedade de risco (BECK, 2010).

No direito brasileiro, o artigo 13, § 2º, do Código Penal³⁶ oferece a chave de leitura da relevância omissiva: a omissão é penalmente relevante quando há dever jurídico de agir e possibilidade concreta de evitar o resultado, e quando a abstenção recai sobre quem ocupa posição de garante. As fontes do dever são taxativas (lei; assunção de responsabilidade; ingerência/criação do risco), funcionando como cláusula de contenção contra ampliação por analogia.

Nesses termos, a omissão imprópria (ou comissão por omissão) equipara o não agir ao agir e permite atribuir o resultado ao omitente que podia e devia impedir o curso lesivo. Por consequência, a análise da omissão imprópria depende diretamente do quadro teórico da conduta: só é legítimo converter um “não fazer” em “fazer” jurídico-penal quando a ordem jurídica impõe agir e quando o agente pode atuar no caso concreto. Cumpre destacar que a presente abordagem não pretende ser exaustiva, a fim de não afastar o foco central deste trabalho. Assim, limitar-se-á a apresentar, de forma geral, a evolução do tema ao longo dos principais movimentos dos últimos séculos, com a exposição das posições dos autores mais relevantes, permitindo, ao final, estabelecer um confronto com o conceito de omissão.

4.1 A conduta humana na Teoria do Crime

Não se encontra um marco inicial preciso para o surgimento das primeiras formulações acerca do conceito de ação. Juarez Tavares aponta que suas raízes históricas podem remontar à Filosofia Aristotélica ou à Escolástica, especialmente no campo da ética humana (TAVARES, 2012). Entretanto, sob a ótica penal, Roxin identifica sua origem na Filosofia Hegeliana, segundo a qual a conduta que gera um fato criminoso só pode ser atribuída a quem a produziu de forma consciente e voluntária (ROXIN, 1997). Nessa mesma linha, Brandão e Siqueira destacam que:

Com efeito, foram os penalistas hegelianos que introduziram o conceito de ação na teoria do delito. Note-se que os conceitos de ação e de delito eram,

³⁶ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

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

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 2019).

para esses penalistas, substancialmente identificados, pois a referida ação não possuía a conotação que ganhou a partir dos autores do positivismo naturalista, dentre os quais se destaca Franz von Liszt. Nesse panorama, os hegelianos construíram o conceito de ação na base da teoria da imputação (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 44).

A consolidação do conceito de ação, contudo, ganha forma apenas a partir do final do século XIX, com o advento do causalismo, sendo posteriormente reelaborado, conforme será abordado a seguir.

O Código Penal brasileiro não apresenta um conceito expresso de conduta. No entanto, para fins deste trabalho, será adotada a concepção apresentada por Cláudio Brandão, segundo a qual “o Direito Penal não cria o conceito de conduta, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos” (BRANDÃO, 2010, p. 135). Essa afirmação indica que a conduta existe independentemente da existência do Direito, uma vez que a vida humana está intrinsecamente ligada ao “agir” (BRANDÃO, 2010).

De modo semelhante, Bittencourt esclarece que não há um conceito de conduta definido pelo Direito Penal. Ademais, sustenta que “[...] a *sistematização* do Direito Penal, a partir de Von Liszt, utiliza o critério da classificação em ação e omissão” (BITENCOURT, 2012, p. 606). Isso significa que a conduta constitui um conceito abrangente, que engloba duas modalidades: ação e omissão (BRANDÃO, 2010).

Assim, conforme exposto por Brandão, o conceito de conduta “[...] funciona como um elo de ligação entre os elementos do crime [...]” (BRANDÃO, 2010, p. 135). Em outras palavras, os elementos do crime estão intrinsecamente vinculados à conduta humana. Assim, “A tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta, e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta.” (BRANDÃO, 2010, p. 135)³⁷.

Assim, a análise da conduta humana reveste-se de fundamental importância no presente trabalho para a compreensão da tipicidade omissiva imprópria,

³⁷ Importante mencionar que, conforme exposto por Bittencourt, “A teoria geral do delito não foi concebida como uma construção dogmática acabada, pelo contrário, é fruto de um longo processo de elaboração que acompanha a evolução epistemológica do Direito Penal e apresenta-se, ainda hoje, em desenvolvimento. O consenso francamente majoritário da doutrina no sentido de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável, além de eventuais requisitos específicos de punibilidade, é fruto da construção das categorias sistemáticas do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — [...]” (BITTENCOURT, 2012, p. 555-556). Ademais, o foco do presente trabalho não é aprofundar a evolução dogmática da definição de crime, reconhecendo-se, contudo, que a questão é significativamente mais complexa e demandaria análise específica em pesquisa própria.

especialmente no que concerne à responsabilização penal dos *Compliance Officers*. A conduta, enquanto elemento essencial do tipo penal, permite delimitar a fronteira entre o que constitui uma ação ou omissão penalmente relevante e o que está aquém da esfera de imputação criminal. A partir do estudo da conduta, é possível entender as condições sob as quais a omissão pode ser interpretada como relevante para a configuração do crime, especialmente em contextos organizacionais onde a responsabilidade é atribuída a agentes que, em razão de seu cargo, possuem deveres específicos de prevenção e supervisão.

Nesse sentido, o aprofundamento na conduta humana proporciona uma análise mais precisa e fundamentada sobre a extensão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*, permitindo uma avaliação criteriosa da adequação de suas atitudes à norma penal e das possíveis limitações à responsabilização criminal em virtude de uma conduta omissiva imprópria.

4.1.1 Conceito de Ação

A distinção entre ação e omissão é fundamental para a construção da tipicidade penal, sendo que a omissão imprópria, em particular, exige uma interpretação cuidadosa da conduta humana no contexto jurídico. Assim, a análise do conceito de ação é indispensável para entender como a conduta omissiva pode, em determinadas situações, ser tratada como equivalente à ação³⁸, com implicações diretas na responsabilização criminal de indivíduos, como os *Compliance Officers*.

Diante do exposto, mostra-se necessária uma breve análise das três principais teorias que polemizam o conceito de ação e seus desdobramentos acerca da omissão.

4.1.1.1 Teoria Causalista da Ação

A teoria causal da ação, desenvolvida por Franz von Liszt, estabelece como ponto de partida a compreensão de que o Direito Penal lida com comportamentos

³⁸ A omissão imprópria, também denominada comissão por omissão, caracteriza-se pela equiparação da omissão à ação, conforme disposto no artigo 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro. Nessa modalidade, o agente, embora não realize uma ação positiva, tem o dever jurídico de agir para evitar o resultado e, ao se omitir, assume responsabilidade penal equivalente àquela atribuída à ação comissiva (BITENCOURT, 2012).

humanos que efetivamente produzem alterações sensíveis no mundo exterior. O autor enfatiza que “A ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a modificação do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade, não há ação, não há injusto, não há crime [...]” (LISZT, 2006, p. 193, tradução nossa)³⁹, deixando claro que a ação penalmente relevante não é um mero estado psíquico, mas um evento empiricamente constatável.

A conduta é, assim, concebida como um processo causal iniciado pela vontade e exteriorizado por meio de um movimento corporal capaz de transformar a realidade fática, sendo essa transformação a base da imputação jurídico-penal. Para Liszt, esse fenômeno não é simples, mas marcado por uma estrutura interna que articula elementos fisiológicos, psíquicos e causais. A ação, portanto, nasce da resolução interna do agente, manifesta-se através de um movimento muscular e produz, finalmente, um resultado causal no mundo (LISZT, 2006).

Nessa perspectiva, ação e causalidade tornam-se categorias inseparáveis: a conduta é concebida como um comportamento humano voluntário que produz uma consequência no mundo exterior, seja por meio de um simples movimento corporal, seja mediante a geração de um resultado externo. Trata-se, como observa Jescheck, de um conceito de ação denominado “causal” precisamente porque a vontade é considerada apenas em sua função impulsionadora do comportamento, sem dirigir o curso do acontecimento, razão pela qual basta comprovar que o ato voluntário causou o resultado para caracterizar a ação penalmente relevante (JESCHECK, 2001)

Ademais, tal concepção não surge isolada: ela se insere no ambiente intelectual do século XIX, profundamente marcado pelo positivismo, cuja metodologia privilegiava a explicação objetiva e a observação dos fatos, em detrimento de abordagens subjetivas ou metafísicas. A influência positivista irradiou-se para o Direito, impulsionando um movimento que buscava identificar leis gerais e uniformes para os fenômenos jurídicos, em analogia às ciências naturais, de modo que a ação humana passou a ser tratada como um dado causal acessível à observação e à descrição científica (BRANDÃO, 2010). Esse contexto intelectual forneceu a base para o desenvolvimento do conceito causalista de ação. Assim,

³⁹ Original: Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime [...].

O nome dessa teoria (causalista) deriva de causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem. Um exemplo da causalidade é a fervura da água: a 100 graus centígrados, nas condições naturais de temperatura e pressão, dar-se-á a fervura da água; pode-se dizer que a fervura da água foi efeito da situação de ela estar a 100 graus centígrados. Neste mesmo raciocínio, transmutando-o para a ação, pode-se dizer que a modificação do mundo exterior é efeito da volição do sujeito (BRANDÃO, 2010, p. 136).

Nesse cenário, Von Liszt foi um dos primeiros a propor essa noção, que mais tarde seria aperfeiçoada por Beling e consolidada de forma mais sistemática por Radbruch (BITENCOURT, 2012). Desse modo, Von Liszt e Beling, juntamente com Gustav Radbruch, não apenas figuram como precursores desse sistema, mas também como formuladores do conceito natural de ação⁴⁰. Desse modo:

Para Von Liszt, a ação consiste numa modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade, isto é, por uma ação ou omissão voluntária. Mais precisamente, nas próprias palavras de Von Liszt, “a volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como a inervação, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas”. Em termos bem esquemáticos, ação é movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. A manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos do conceito de ação (BITENCOURT, 2012, p. 609-610).

De acordo com Silva Sanchez, para Von Liszt, a teoria causalista enfatiza, então, três elementos essenciais: vontade, modificação no mundo exterior e o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. A vontade do agente é a motivação que, ao se materializar em um movimento corpóreo, resulta em uma modificação perceptível no mundo exterior. Em termos mais detalhados, a teoria causalista concebe a ação como um movimento corpóreo voluntário, com a modificação do mundo exterior sendo considerada um resultado desse movimento (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Ainda segundo Silva Sánchez, outra característica do causalismo é situar dolo e culpa no âmbito da culpabilidade, e não no conceito de ação. Essa dissociação gera o principal problema da teoria: o conteúdo volitivo do agir fica esvaziado, pois a “vontade” é descrita como mero movimento sem os elementos subjetivos que lhe conferem sentido normativo, quais sejam o dolo e a culpa (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

⁴⁰ “Sobre essa construção surgiu, por volta de 1900, o sistema *liszt-beling-radbruch*, que ficou conhecido como o *sistema clássico*” (BITENCOURT, 2012, p. 610).

Nesse mesmo sentido,

Beling, seguindo a mesma linha de raciocínio, define ação como “um comportamento corporal voluntário”. O comportamento corporal corresponde à fase externa da ação; a voluntariedade indica que essa fase externa é produzida pelo domínio sobre o corpo, pela liberdade de inervação muscular. A ação pode constituir-se em um fazer, que é uma ação positiva, ou um não fazer, que é uma omissão, isto é, a distensão dos músculos. Para Beling, como a ação tem uma fase objetiva e uma fase subjetiva, são excluídos do seu conceito aqueles fenômenos humanos que são somente objetivos ou somente subjetivos [...] (BRANDÃO, 2010, p. 137).

Assim, na perspectiva causal-naturalista, o crime é concebido a partir da categoria da ação, compreendida como um comportamento corporal voluntário capaz de produzir uma modificação verificável no mundo externo. Nesse sentido, o crime é entendido como a exteriorização de uma conduta de natureza objetiva, cujos elementos se verificam no plano fenomênico e são apreendidos sem referência às particularidades da pessoa do agente (TAVARES, 2012).

O debate sobre a omissão ganha relevo no último terço do século XIX, justamente neste período de hegemonia do causalismo na teoria da ação. Nesse contexto, registra-se que a omissão foi concebida como um “não fazer” voluntário, sendo a voluntariedade o elemento que aproxima e, ao mesmo tempo, distingue ação e omissão: a ação como movimento corpóreo voluntário e a omissão como abstenção deliberada desse movimento (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Conforme exemplifica Jorge de Figueiredo Dias,

[...] o conceito de ação, ao exigir um movimento corpóreo e, de todo modo, uma modificação no mundo exterior, restringia de forma inadmissível a base de toda a construção. [...] Na omissão, o que relevaria como ação seria a ação precedente (a mãe seria punida não por ter deixado morrer o seu bebê à fome, mas por, em vez de amamentar, ter ido passar um final de semana no campo) (DIAS, 1999, p. 193).

Em continuidade, a reflexão dogmática passou a incorporar um componente axiológico à noção de omissão, vinculando-a à expectativa normativa de atuação. Assim, a omissão penalmente relevante foi descrita como a violação voluntária de um preceito imperativo do Estado, cuja inobservância configura infração independentemente de produção de resultado ou de colocação do bem jurídico em risco. Em outras palavras, trata-se de um “não fazer” juridicamente esperado, pois o

direito se ocupa da omissão enquanto comportamento injurídico, não de toda e qualquer abstenção possível (LISZT, 2006).

Ademais, já no início do século XX, foi o próprio Radbruch quem destacou que a teoria causalista da ação não era aplicável ao conceito de “omissão”. Diante disso, conforme estabelecido por Silva Sanchez, “A possibilidade da ação não realizada é considerada, pela quase totalidade dos autores, condição indispensável para a existência de uma omissão.” (SILVA SÁNCHEZ, 2020, p. 31, tradução nossa)⁴¹. Assim, falta na teoria a relação entre um não fazer e o resultado. Desse modo, a coerência dogmática requer deslocar o eixo para critérios normativos: a existência de um dever de agir e a possibilidade concreta de realização da conduta esperada, o que foi alcançado com o desenvolvimento da Teoria Finalista da Ação, conforme será observado.

4.1.1.2 Teoria Finalista da Ação

A Teoria Finalista da Ação, desenvolvida por Hans Welzel no século XX, representa uma mudança fundamental na compreensão da ação dentro do Direito Penal. Para Welzel, a ação é entendida como uma manifestação da vontade humana, orientada para a realização de um fim determinado. Isso significa que a ação não é apenas um movimento corpóreo que causa um efeito no mundo exterior, mas sim uma conduta motivada por uma intenção, um objetivo que o agente procura alcançar. A centralidade da finalidade do agente é o principal diferencial da teoria finalista, pois é essa finalidade que dá significado à conduta e define sua tipicidade no Direito Penal (WELZEL, 1976).

Desse modo, Welzel propõe que, para se compreender a ação, deve-se analisar a relação entre o comportamento do agente e o objetivo que ele visa alcançar, levando em consideração os aspectos subjetivos da conduta. Ou seja, a análise da ação não se limita a uma avaliação objetiva do comportamento, mas deve considerar as intenções e os fins perseguidos pelo agente ao praticá-la (WELZEL, 1976). Nas palavras do autor:

A ação humana é o exercício de uma atividade final. Por isso, a ação é um acontecer “final”, e não apenas “causal”. A “finalidade” ou o caráter final da

⁴¹ Original: La posibilidad de la acción no realizada se estima, por la práctica totalidad de autores, condición indispensable de la existencia de una omisión.

ação baseia-se no fato de que o ser humano, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecer, portanto, diversos fins e orientar a sua atuação, conforme um plano, à consecução desses fins. Em virtude desse saber causal prévio, pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de modo a orientar o acontecer causal externo para um fim e, assim, sobredeterminá-lo finalmente. Atividade final é um agir conscientemente orientado a partir do fim, ao passo que o acontecer causal não é dirigido desde o fim, mas constitui a resultante causal dos componentes causais existentes em cada caso (WELZEL, 1976, p. 53, tradução nossa).⁴²

Ao contrário da Teoria Causalista, que tratava a ação de maneira objetiva, a teoria finalista atribui um caráter teleológico à ação, enfatizando a finalidade da conduta humana como elemento essencial para sua análise no âmbito penal. Enquanto o causalismo, conforme exposto por Jescheck, concebia a vontade apenas como força impulsionadora do movimento, e não como diretora do curso do acontecimento, o finalismo desloca o elemento volitivo para o centro da análise, reconhecendo que toda atuação humana relevante para o Direito Penal é orientada por fins (JESCHECK, 2001).

Nesse sentido, a teoria finalista afirma que a conduta penalmente relevante não pode ser reduzida a uma sucessão de causas e efeitos, mas deve ser analisada como um processo consciente e dirigido a um objetivo. Mir Puig destaca que a ação humana contém, estruturalmente, uma dimensão normativa inseparável de sua finalidade, pois o agente atua escolhendo meios para a consecução de fins previamente representados (MIR PUIG, 2008). Assim, a diferença essencial em relação ao causalismo reside no fato de que, para o finalismo, o conteúdo subjetivo, a finalidade, o querer dirigido, integra o próprio conceito de ação, e não apenas a culpabilidade. Bitencourt reforça essa distinção ao explicar que a finalidade do agente constitui pressuposto indispensável para a compreensão do agir e, por consequência, para a atribuição de responsabilidade penal (BITENCOURT, 2012).

Essa reorientação metodológica tem efeitos decisivos na reconstrução do dolo e da culpa. Em Welzel, o dolo deixa de integrar a culpabilidade e passa a ser elemento do tipo penal, pois consiste justamente na direção final consciente da

⁴² Original: Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.

conduta para a realização do resultado ilícito. Roxin, seguindo essa linha, observa que a ação finalista permite identificar com precisão a estrutura subjetiva do comportamento, distinguindo a atuação orientada ao resultado (dolo) daquela em que o resultado decorre de violação do dever de cuidado (culpa) (ROXIN, 1997). Zaffaroni acrescenta que essa distinção decorre da própria compreensão final da ação, já que apenas uma conduta orientada por fins previamente concebidos pode ser imputada como dolosa, ao passo que a culpa exige ausência de finalidade e presença de desatenção, imprudência, negligência ou imperícia (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007).

Em síntese, a teoria finalista transforma profundamente o juízo de tipicidade, ao afirmar que a ação típica não é qualquer modificação objetiva no mundo exterior, mas sim o comportamento humano dirigido pela vontade para a realização de um fim. Essa perspectiva permite ao Direito Penal avaliar de forma mais precisa a relação entre o agente e o resultado, bem como diferenciar adequadamente comportamentos típicos e atípicos, mesmo quando produzem resultados semelhantes no plano empírico. Além disso, ao compreender a ação como manifestação da vontade final, o finalismo amplia a capacidade dogmática de lidar com situações complexas, como a omissão imprópria, a participação e a tentativa, fornecendo critérios mais refinados para a imputação normativa da conduta (ROXIN, 1997).

Nesse sentido, a elaboração do conceito de omissão avançou ao incorporar, de modo expresso, a possibilidade de ação do agente como elemento delimitador. Não basta a mera ausência do movimento corpóreo exigido pela norma. É preciso que o sujeito pudesse atuar conforme a prescrição jurídica. Esse requisito desdobra-se em dois planos: físico e cognitivo (FLORÊNCIO FILHO; ARANHA, 2019).

Segundo Bottini, no plano físico, a omissão corresponde à não realização de uma conduta esperada. Desse modo, a ação e a omissão figuram como categorias contrapostas, o que afasta a busca de um conceito comum naturalístico (BOTTINI, 2018). Além disso, a omissão não exige movimento corpóreo, nexos causal empírico ou mesmo voluntariedade consciente em todos os casos, o que importa é a facticidade da conduta exigida: se a atuação era fisicamente possível ao destinatário do dever (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Desse modo, para Wessels, em termos de exigibilidade, somente se pode reclamar juridicamente aquilo que, normativamente imposto, é real e fisicamente exequível para o agente (WESSELS, 1975).

No plano cognitivo, a omissão é compreendida como segunda modalidade de conduta, sujeita ao governo final da vontade: editam-se normas mandamentais para orientar ações que evitem resultados lesivos e promovam fins socialmente desejados (WELZEL, 1976). Desse modo,

[...] a omissão não é meramente um conceito negativo, mas um limitador de punibilidade, pois, além de pressupor a violação de uma norma mandamental, é necessário que a ação esperada seja possível e subordinada ao pleno controle do autor. Somente aquele que possua um domínio sobre a situação típica pode, eventualmente, se omitir. (FLORÊNCIO FILHO; ARANHA, 2019, p. 208).

Para Welzel, em resumo, a omissão requer a violação de uma norma de agir, a possibilidade de executar a ação esperada e o domínio do autor sobre a situação típica, isto é, conhecimento suficiente do que ocorre, do bem jurídico exposto ao perigo e da fonte desse perigo. Ou seja, a omissão não significa um mero não fazer nada (WELZEL, 1976).

Desse modo, conforme apontado por Bitencourt,

[...] deve-se reconhecer que o finalismo percebeu, com acerto, que a representação e os fins do autor exercem um papel importante na determinação do injusto, inclusive, é bom que se diga, nos próprios crimes omissivos (BITENCOURT, 2012, p. 278).

Assim, a concepção de ação proposta por Welzel implica diversas consequências de natureza transcendental. O juízo de tipicidade somente pode ocorrer quando houver uma conduta concreta, seja ela uma ação ou uma omissão. Sem essa análise voltada ao comportamento do agente, o Direito Penal perderia seu caráter garantista e se aproximaria de um modelo autoritário, centrado na figura do autor em vez de no fato praticado. Julgar alguém sem considerar sua conduta significaria avaliar a pessoa pelo que ela é, e não pelo que efetivamente fez, contrariando a essência do Direito Penal baseado no fato.

4.1.1.3 Teoria funcional da ação – A concepção da ação como expressão da personalidade em Roxin

Claus Roxin, um dos principais representantes do funcionalismo penal, propõe uma reformulação profunda do conceito de ação, distanciando-se criticamente da teoria finalista de Welzel. Segundo o autor, o modelo finalista perdeu a relevância que outrora teve, pois não se mostra adequado como fundamento do sistema jurídico-penal, sobretudo diante dos crimes omissivos (ROXIN, 1997). Nesses casos, inexistente uma relação causal direta entre a abstenção do agente e o resultado, de modo que não há como se falar em uma atuação dirigida a fins.

Welzel tentou contornar essa limitação sustentando que tanto a ação quanto a omissão seriam manifestações de uma mesma capacidade de direção final pela vontade humana. Contudo, para Roxin, essa explicação não resolve o problema, já que a aptidão para agir não equivale à ação em si.

Diante disso, Roxin propõe um novo conceito de ação, anterior ao tipo penal, compreendido como manifestação da personalidade. Desse modo,

De acordo com o conceito aqui desenvolvido, a ação no sentido do Direito Penal é uma manifestação da personalidade e esse conceito também inclui a omissão. Quando alguém em um círculo de oração ou canto não reza ou canta com os outros, ele omite um canto ou uma oração conjunta. Esse «não fazer com os outros» é uma manifestação de personalidade, assim como teria sido a participação ativa em atividades comuns (ROXIN, 2014, p. 754-755, tradução nossa).⁴³

A ação, para o autor, é toda conduta que possa ser atribuída a um ser humano enquanto sujeito dotado de consciência e vontade. Assim, não se consideram ações os movimentos puramente fisiológicos ou automáticos, como reflexos ou atos praticados em estado de sonambulismo, pois neles não há expressão da personalidade. Essa concepção permite abranger, de maneira coerente, tanto as ações comissivas quanto as omissivas, bem como as modalidades dolosas e culposas, configurando um conceito unitário aplicável a todas as formas de comportamento punível (ROXIN, 1997).

Roxin entende que a omissão somente pode ser reconhecida como penalmente relevante quando estão presentes duas condições essenciais: a

⁴³ Original: Según la concepción aquí desarrollada, la acción en el sentido del Derecho penal es una manifestación de la personalidad y en este concepto se incluye también la omisión. Cuando alguien en un círculo en el que se reza o se canta no reza o no canta con los demás omite un cántico conjunto o una oración conjunta. Este «no hacer con los demás» es una manifestación de la personalidad exactamente igual que lo hubiera sido la activa participación en las actividades comunes.

existência de uma expectativa de atuação e a possibilidade concreta de agir por parte do indivíduo (ROXIN, 2014).

Para Roxin, a expectativa de ação é uma condição indispensável para que exista omissão penalmente relevante. Isso significa que só se pode falar em omissão quando há uma expectativa de que o indivíduo atue, e essa expectativa pode ter origem social ou individual. A expectativa social surge das regras de convivência e dos papéis que as pessoas ocupam na sociedade. Já a expectativa individual decorre de relações pessoais ou de situações específicas que criam o dever de agir. Assim, quando alguém frustra uma expectativa social ou individual de ação, caracteriza-se o que Roxin chama de conceito pré-típico de omissão, ou seja, uma base anterior à análise jurídica do crime omissivo (ROXIN, 2014). Nas palavras do autor:

[...] há casos em que a omissão se constitui apenas por meio de uma expectativa jurídico-criminal de ação e, portanto, não tem existência pré típica. Assim, quando se introduz uma obrigação ou dever de notificar ou informar ou de novo imposto, o fato de não informar ou declarar ou o não pagamento de impostos até aquele momento não gerou omissão porque, entretanto, não se tinha tido qualquer tipo de expectativa de ação. Somente com a introdução do dever de ação penal pode derivar dele que o que antes não era nada se torna uma omissão (ROXIN, 2014, p. 755, tradução nossa)⁴⁴.

Já a capacidade de ação para Roxin refere-se à possibilidade real que o indivíduo tem de agir diante de uma situação. Mesmo que alguém não consiga intervir diretamente para evitar um resultado, ainda assim poderia ter feito algo, como chamar ajuda ou acionar terceiros. Assim, a conduta esperada não precisa ser realizada pessoalmente, desde que o agente disponha de meios para provocar a ação de outrem (ROXIN, 2014).

O autor também ressalta que, no campo das omissões, o simples fato de uma ação ter êxito ou de uma medida não ter sido adotada não é suficiente, por si só, para afastar a responsabilidade penal. Há, portanto, limites objetivos que definem até onde vai o dever de agir e em que ponto a falta de intervenção passa a ser juridicamente relevante, dessa forma:

⁴⁴ Original: [...] hay casos en los que una omisión se constituye sólo a través de una expectativa jurídico-penal de acción y por tanto no tiene una existencia pretípica. Así, cuando se introduce una obligación o deber de aviso o reporte o un nuevo impuesto, el hecho de no informar o reportar o el no pago de impuestos hasta ese momento no generaba una omisión porque mientras tanto no había habido ningún tipo de expectativa de acción. Sólo con la introducción de un deber de actuación penal puede derivarse de ella que lo que antes no era nada se convierta en una omisión.

O desconhecimento da situação — por exemplo, quando o pai não percebe que seu filho está em perigo e precisa ser salvo, ou permanece inativo porque não lhe ocorre a possibilidade de resgate que objetivamente existe — não altera a existência da omissão. Nesse caso, exclui-se apenas o dolo, mas pode haver punição por imprudência (ROXIN, 2014, p. 757, tradução nossa)⁴⁵.

Entretanto, a proposta de Roxin não passou incólume às críticas. Zaffaroni observa que a amplitude do conceito de ação como expressão da personalidade retoma a mesma indeterminação encontrada na teoria social, podendo enfraquecer a função político-jurídica do conceito de ação como limite à imputação penal. O autor adverte que tal concepção corre o risco de diluir a fronteira entre o agir humano e o mero evento natural, o que comprometeria a segurança jurídica (ZAFFARONI, 2006).

4.2 Omissão

Segundo dispõe o artigo 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” (BRASIL, 2019). Assim, o modelo clássico de imputação causal previsto no referido artigo estabelece que o resultado é atribuível a quem lhe deu causa, entendida como a ação ou omissão sem a qual ele não teria ocorrido.

Essa fórmula positiva reflete a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), desenvolvida originalmente por Von Buri e sistematizada na filosofia de John Stuart Mill, pela qual se reconstrói hipoteticamente a cadeia de fatos suprimindo mentalmente uma conduta para verificar se, sem ela, o resultado ainda assim se produziria. Permanecendo o resultado, a conduta é tida como irrelevante, mas, desaparecendo, é considerada causal. Tal modelo, embora funcional para delitos comissivos, sofre críticas intensas pela ampliação excessiva do nexo de causalidade e pelo risco de regresso *ad infinitum*, exigindo filtros de imputação que vão além do puro vínculo naturalístico (COSTA JUNIOR, 1996).

⁴⁵ Original: El desconocimiento de la situación —el padre no se da cuenta, por ejemplo, de que su hijo se encuentra en peligro y necesita ser salvado o permanece inactivo porque no se le ocurre la posibilidad de salvación que objetivamente existe— no cambia en nada la existencia de la omisión. Se excluye únicamente el dolo, pero es posible en su caso la punición por imprudencia.

Nos delitos omissivos, essa problemática se acentua (ZAFFARONI, 2006). Nesse sentido, Von Liszt já advertia que, em casos como o da mãe que deixa de alimentar o filho ou do banhista que se recusa a prestar auxílio, o resultado morte é, em termos físico-naturais, atribuível à inanição ou à asfixia, e não à “não ação” do garante (LISZT, 2006). Em síntese apresentada por Florêncio Filho e Aranha, “Von Liszt conclui, ao final que a pergunta que deve ser formulada nos crimes omissivos não é “quando a omissão é causal?”, mas sim, “quando a omissão é ilegal?” (FLORÊNCIO FILHO; ARANHA, 2019, p. 211).

Em linha semelhante, Florêncio Filho e Aranha apresentam a ideia de Jescheck, de modo que

Jescheck pontua que a causalidade na omissão deve ser encarada pelo ponto de vista normativo, em que alguém, em cuja intervenção a comunidade confia, omite-se à ação esperada e infringe os interesses que The foram confiados e que permanecem indefesos diante da ausência de qualquer outra forma de proteção material. Por fim, Jescheck acaba por entender que a questão da causalidade se aproxima muito mais de uma matéria de antijuridicidade do que de nexos causal (FLORÊNCIO FILHO; ARANHA, 2019, p. 211).

Assim, a inércia relevante é a violação de um dever especial de garantia, e não qualquer abstenção fática. Nessa perspectiva, a discussão sobre a omissão aproxima-se mais da análise da antijuridicidade e da posição de garante do que da clássica teoria naturalística da causa. Esse deslocamento é decisivo para a construção dogmática da omissão imprópria, sobretudo em contextos organizacionais complexos, nos quais a imputação do resultado depende da identificação clara de deveres jurídicos específicos de proteção ou vigilância atribuídos a determinados sujeitos.

Nessa perspectiva, Brandão ensina que “[...] a omissão é uma violação a uma norma imperativa, a qual impõe um dever de agir.” (BRANDÃO, 2010, p. 145), tendo em vista que o Direito Penal possui normas proibitivas e normas imperativas (mandamentais). O crime omissivo acontece quando a pessoa deixa de fazer algo que podia e devia fazer, porque a lei lhe impõe esse dever. Em outras palavras, é a não realização de uma ação obrigatória que estava ao alcance do agente (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

O crime omissivo se divide em omissivo próprio e omissivo impróprio. Omissivos próprios são crimes de mera conduta, como a omissão de socorro, em

que não se exige um resultado específico. Já os omissivos impróprios são crimes de resultado. Eles não têm um tipo autônomo: entram nos tipos comuns de crime material, como homicídio ou lesão corporal, quando o resultado ocorre porque o agente, podendo e devendo impedir, não o faz (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

A distinção existente entre os crimes omissivos próprios e impróprios é trabalhada na doutrina desde o final do século XVIII (TAVARES, 2012). Roxin destaca a relevância dessa distinção, enfatizando que, nos crimes omissivos impróprios, é imprescindível a existência de uma posição de garantidor, ao passo que, nos omissivos próprios, qualquer pessoa que se encontre na situação típica descrita pela norma pode ser sujeito ativo da infração (ROXIN, 1997), conforme será melhor trabalhado a seguir.

4.2.1 Omissão própria

Os crimes omissivos próprios, também denominados omissivos puros, configuram-se quando o agente deixa de cumprir um dever jurídico de agir, previsto expressamente em norma penal, podendo fazê-lo sem expor sua integridade física ou moral a perigo. Nessa modalidade delitativa, a mera abstenção constitui elemento suficiente para a consumação do delito, pois o núcleo da tipicidade reside justamente na violação do dever de agir. Qualquer resultado posterior decorrente da omissão não é exigido para a configuração típica, podendo, no máximo, representar o exaurimento da conduta ou, quando expressamente previsto pelo legislador, funcionar como causa de aumento de pena ou qualificadora (BITENCOURT, 2012).

Um exemplo paradigmático é o crime de omissão de socorro, tipificado no artigo 135 do Código Penal brasileiro⁴⁶. A infração consuma-se com o simples não atendimento ao dever de prestar auxílio, nas hipóteses legais, independentemente da ocorrência de qualquer resultado lesivo. Caso, em virtude de um processo causal preexistente e independente da vontade do omitente, a vítima venha a sofrer lesões graves ou faleça, o agente responderá apenas pela omissão de socorro, podendo a

⁴⁶ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (BRASIL, 1940).

morte ou a lesão atuar como majorante, conforme o parágrafo único⁴⁷ do referido artigo. Nessas circunstâncias, a responsabilidade pelo resultado material, morte ou lesão, recai exclusivamente sobre aquele que lhe deu causa, não se estendendo ao sujeito que se omitiu (BITENCOURT, 2012).

Conforme apontado por Muñoz Conde e García Arán,

Esse tipo de omissão consiste, basicamente, na violação de um dever de agir. Assim, por exemplo, no crime de omissão do dever de socorro, previsto no artigo 195, inciso 1, do Código Penal espanhol, o dever de socorrer surge diante de uma situação típica, em que uma pessoa se encontra desamparada e em perigo evidente e grave, exigindo uma intervenção de ajuda ou assistência. A não realização dessa intervenção — ou seja, o não socorrer, apesar de ser possível e esperado — configura uma omissão penalmente relevante. Posteriormente, costumam ser acrescentados outros critérios que limitam o dever de agir, como, por exemplo, a possibilidade de prestar socorro sem colocar em risco a própria integridade ou ter sido solicitado de forma direta e pessoal a intervir (MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, 2010, p. 241, tradução nossa).⁴⁸

Sendo assim, no crime omissivo próprio, a conduta punível consiste unicamente em descumprir um dever legal de agir, ou seja, deixar de realizar uma ação determinada pela norma. Ainda que essa ação tivesse por objetivo evitar um resultado, a lei exige sua realização independentemente de o resultado ocorrer ou não. Assim, a responsabilidade penal do agente decorre apenas da omissão em si, e não da consequência que poderia ter sido evitada.

4.2.2 Omissão imprópria

A omissão imprópria, também conhecida como comissão por omissão, caracteriza-se pela responsabilização penal do agente que, apesar de não ter realizado uma ação direta, tem o dever de impedir um resultado danoso e falha em intervir, gerando o mesmo efeito de uma ação comissiva. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, §2º, estabelece que a omissão será relevante para a imputação

⁴⁷ Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte (BRASIL, 1940).

⁴⁸ Original: Esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar. Así, por ejemplo, en el delito de omisión del deber de socorro previsto en el art. 195,1 el deber de socorrer surge de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención de socorro o auxilio. La no prestación de esa intervención (no socorrer), posible y esperada, constituye una omisión penalmente relevante, a la que posteriormente suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia (poder hacerlo sin riesgo propio; que se le hubiera pedido intervención en forma directa y personal, etc.).

penal quando o agente tiver o dever jurídico de agir e a possibilidade concreta de evitar o resultado.

Conforme ensina Brandão,

A comissão por omissão somente ocorre quando há um dever de agir originado de uma vinculação especial entre o sujeito e a vítima (hipóteses das alíneas a e b), ou entre o sujeito e a fonte produtora do perigo (hipótese da alínea c). Nessas hipóteses o sujeito tem o dever de garantir a não ocorrência do resultado, por estar na chamada posição de garantidor. É relevante salientar que a norma em questão apresenta um rol fechado, fora dela não existe comportamento juridicamente relevante. (BRANDÃO, 2010, p.146-147).

Portanto, a responsabilidade penal por omissão imprópria está condicionada ao reconhecimento da posição de garante do indivíduo, conforme as hipóteses previstas em lei. Nos ensinamentos de Cláudio Brandão, a primeira hipótese refere-se ao dever legal de cuidado, proteção ou vigilância, quando a lei impõe a responsabilidade a determinadas pessoas para proteger bens jurídicos de terceiros⁴⁹. A segunda hipótese diz respeito à assunção voluntária da responsabilidade de impedir o resultado. Aqui, o agente não é legalmente obrigado a agir, mas assume voluntariamente a responsabilidade, geralmente por meio de um contrato⁵⁰. Já a terceira hipótese trata da criação do risco de resultado, onde o agente, ao criar um risco para o bem jurídico e, posteriormente, ao não agir para evitar o dano, permite que o perigo se concretize em resultado danoso⁵¹ (BRANDÃO, 2010).

Desse modo, aqueles que assumem a posição de garantidor, têm o dever de evitar a ocorrência de um resultado, sendo responsabilizados pela omissão caso sua inação contribua ou facilite a sua concretização. Contudo, para que essa responsabilidade penal seja configurada, é imprescindível que o agente tenha não só o dever de agir, mas também o poder efetivo de impedir o resultado (BITENCOURT, 2012). Assim,

⁴⁹ Exemplos disso são o dever de alimentos entre ascendentes e descendentes (art. 397 do Código Civil), o dever do carcereiro em alimentar o preso (Lei nº 7.210/84) e o dever de mútua assistência entre cônjuges (art. 231 do Código Civil) (BRANDÃO, 2010).

⁵⁰ Um exemplo clássico seria o salva-vidas, que assume o dever de cuidar dos frequentadores da piscina de um clube (BRANDÃO, 2010).

⁵¹ Um exemplo seria o caso em que uma pessoa atropela um pedestre e, ao não socorrê-lo, permite que o risco se transforme em dano, configurando homicídio doloso (BRANDÃO, 2010).

[...] o poder agir é um pressuposto básico de todo comportamento humano. Também na omissão, evidentemente, é necessário que o sujeito tenha a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente. É insuficiente, pois, o dever de agir. É necessário que, além do dever, haja também a possibilidade física de agir, ainda que com risco pessoal (BITENCOURT, 2012, p. 665).

Nesse sentido,

Deixando de lado os delitos de omissão pura, somente aquele que é garante da evitação de um concreto perigo responderá pela omissão que provoque ou facilite um resultado, já que, podendo e devendo agir, não tendo evitado a sua causação. Deste modo, se constrói uma responsabilidade por omissão baseada em duas circunstâncias: 1º O garante deve ter assinado, por lei ou contrato (ou derive da ingerência), um dever formal e deve ter assumido a proteção de um foco de perigo ou de um bem jurídico concreto. 2º O garante deve ter a capacidade de ação e o poder real de ter podido evitar o resultado, pressupondo que não cumpriu o seu dever. Deve ter domínio do acontecer típico, um controle do risco, que mostre a identidade no plano normativo com a comissão ativa (LAFUENTE, 2019, p. 41, *apud* MAYRINK, 2022, tradução nossa)⁵².

O dever consiste no cumprimento de uma norma jurídica que impõe ao sujeito a obrigação de evitar um resultado danoso, configurando um imperativo legal. Já o poder refere-se à capacidade física e concreta de realizar a ação necessária para evitar o evento.

Assim, para que a norma proibitiva seja efetivamente concretizada por meio de uma omissão, é necessário que o agente tenha a capacidade de agir, ou seja, o poder físico e jurídico de impedir o resultado. A diferença entre omissão própria e omissão imprópria reside justamente nesse ponto: enquanto na omissão própria a responsabilidade penal decorre da falha em impedir o resultado por quem tem o dever de agir, na omissão imprópria (ou comissão por omissão), a responsabilidade é atribuída ao agente pela sua falha em evitar o resultado, que, em determinadas circunstâncias, é equiparada a uma ação. A omissão imprópria, portanto, não é apenas uma omissão do dever de agir, mas uma falha em realizar uma norma proibitiva, como se o agente tivesse efetivamente cometido uma ação ilícita.

⁵² Original: Dejando a un lado los delitos de omisión pura, sólo aquel que es garante de la evitación de un concreto peligro responderá por la omisión que provoque, o facilite, un resultado, debido que, pudiendo y debiendo hacerlo, no ha evitado su causación. De este modo, se construye una responsabilidad por omisión basada en dos circunstancias: 1º El garante debe tener asignado, por ley o por contrato (o derivado de la injerencia), un deber formal y debe haber asumido la protección de un foco de peligro o de un bien jurídico concreto. 2º El garante debe tener la capacidad de acción y el poder real de haber podido evitar el resultado, en el supuesto de que no hubiera incumplido su deber. Debe tener dominio del acontecer típico, un control del riesgo, que muestre identidad en el plano normativo con la comisión activa.

Pierpaolo Bottini enfatiza que a responsabilização por omissão imprópria somente se legitima quando o agente ocupa uma posição de garantidor dotada de capacidade concreta de impedir o resultado, seja em razão de deveres normativos, seja pela função desempenhada no interior de estruturas organizacionais complexas (BOTTINI, 2020). Entre as fontes dessa posição, a ingerência assume papel decisivo: ela se configura quando o sujeito, por sua conduta anterior ou por sua atuação funcional, cria, incrementa ou assume um risco juridicamente relevante, passando a ter o dever de controlá-lo para evitar a lesão ao bem jurídico (BOTTINI, 2020).

A ingerência, portanto, constitui um dos elementos mais relevantes na construção dogmática da omissão imprópria e encontra previsão expressa no art. 13, § 2º, c, do Código Penal. Entre as diversas fontes de dever de garantia previstas no dispositivo, Pierpaolo Cruz Bottini observa que justamente a hipótese da criação prévia do risco é a que mais suscita debate na doutrina. Como ressalta o autor, entre “[...] as hipóteses de dever de garantia, talvez a mais controversa seja aquela prevista na alínea c do § 2º do art. 13 do CP, que identifica como garante aquele que criou o risco anterior do resultado” (BOTTINI, 2018, p. 145).

Nesse contexto, Robles Planas introduz a exigibilidade como uma categoria essencial para a interpretação da responsabilidade penal, aplicando-a aos crimes omissivos. Para o autor, a exigibilidade é um critério que estabelece a possibilidade de um sujeito agir de forma diversa em uma situação concreta, o que se conecta diretamente à tipicidade dos crimes omissivos. A exigibilidade relaciona-se ao poder do agente de realizar a conduta de maneira concreta, implicando que a omissão só pode ser penalmente relevante quando o sujeito tem a capacidade de agir para evitar o resultado (ROBLES PLANAS, 2021). Ou seja, a interpretação sistemática do tipo penal estabelece que a omissão, como causa do resultado ilícito, deve ser tratada conforme o verbo de "deixar de", próprio dos crimes omissivos, e a tipicidade, que depende da previsão de uma norma proibitiva. Nas palavras do autor,

Como é possível constatar, a questão autenticamente decisiva não tem a ver com a relação de domínio que se estabelece entre o omitente e o perigo de produção da lesão típica. Diferentemente, o problema se situa integralmente no âmbito da problemática geral de desaprovação típica de condutas. Em termos gerais, cabe dizer que a desaprovação típica demandará que o perigo surja de um âmbito administrado pelo sujeito, seja de administração da própria esfera (em que devem ser adotadas certas medidas consistentes em manter sob controle determinados perigos para os

demais), seja pela administração de determinados perigos que operam em uma esfera alheia (frente aos quais devem ser adotadas medidas de proteção) (ROBLES PLANAS, 2021, p. 139).

Portanto, tanto a omissão própria quanto a omissão imprópria têm como elemento central a tipicidade vinculada ao dever de agir, sendo a exigibilidade categoria indispensável para a correta interpretação do tipo penal. A omissão própria configura-se quando a simples abstenção do agente, diante de um dever legal de atuação, resulta na lesão ao bem jurídico; já a omissão imprópria, como exposto, pode ser equiparada à ação quando o sujeito ocupa posição de garantia e possui o poder concreto de impedir o resultado (ROBLES PLANAS, 2021).

Nesse contexto, assume particular relevo a ingerência, fonte específica de dever de garante prevista no art. 13, § 2º, c, do Código Penal, a qual será aprofundada no capítulo subsequente do presente trabalho, especialmente no que se refere ao *Compliance Officer*, cuja atuação, e eventual inação, pode configurar forma qualificada de ingerência e, conseqüentemente, fundamento para a imputação penal por omissão.

5. A INGERÊNCIA ATRIBUÍDA AO *COMPLIANCE OFFICER*

A discussão sobre a responsabilidade penal dos *Compliance Officers* insere-se num quadro mais amplo de expansão do Direito Penal Econômico e do Direito Penal Empresarial, marcado pela centralidade da empresa como foco de produção de riscos socialmente relevantes. Em tal contexto, a omissão imprópria ganha destaque como forma de imputação de resultados lesivos a sujeitos que, embora não pratiquem ações lesivas, encontram-se em posição jurídica especial em razão do controle de fontes de perigo corporativas. É precisamente nesse cenário que se projeta a figura do *Compliance Officer* e a “ingerência” a ele atribuída.

Assim, ao tratar sobre crimes de omissão imprópria, Pierpaolo Bottini parte da necessidade de reconstrução dogmática da omissão penalmente relevante a partir do princípio da legalidade e da teoria da imputação objetiva, com ênfase no papel das posições de garante previstas no art. 13, § 2º, do Código Penal. Sobre a omissão imprópria por ingerência, o autor delimita com rigor o alcance da alínea “c” do dispositivo, ressaltando que a mera criação de um risco não basta para legitimar a responsabilização (BOTTINI, 2018). Ou seja, é necessário que se trate de risco não permitido, cuja gestão se vincula a deveres de controle e de salvamento derivados de uma conduta precedente. Isso já sinaliza a importância de evitar a objetivação da responsabilidade penal de sujeitos que atuam em ambientes de risco autorizado, como o universo empresarial.

Ao transportar essa moldura teórica para a delimitação da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*, a questão central passa a ser se, e em que medida, a sua atuação (ou inação) pode ser qualificada como ingerência em sentido jurídico-penal, isto é, como comportamento prévio criador de risco não permitido, capaz de gerar deveres especiais de controle e de salvamento. A resposta não é trivial, sobretudo porque a função de *compliance* se estrutura, em regra, como atividade de assessoria, diagnóstico e informação, e não como exercício direto de poderes de comando sobre a organização (BOTTINI, 2018).

Esse capítulo pretende, portanto, articular três planos: (a) o pano de fundo do Direito Penal Empresarial; (b) a gênese e evolução do *compliance criminal* e do próprio *Compliance Officer*; e (c) a delimitação dogmática da ingerência atribuída ao *Compliance Officer*, especialmente a partir da antecipação do juízo de exigibilidade

para o âmbito da tipicidade omissiva imprópria, como forma de conter expansões indevidas do *ius puniendi* sobre esses agentes.

5.1 Direito Penal Empresarial

O Direito Penal Econômico e o Direito Penal Empresarial lidam, em grande medida, com estruturas organizadas de produção de riscos. Conforme apresentado por Ulrich Beck⁵³, a denominada sociedade dos riscos é responsável por esclarecer em que medida o movimento expansivo do Direito Penal hodierno está diretamente ligado à proteção dos bens jurídicos supraindividuais, como a ordem econômica e a prevenção dos riscos (ALBUQUERQUE, 2022).

A análise da responsabilidade penal do *Compliance Officer* por omissão imprópria precisa ser situada no contexto mais amplo da expansão contemporânea do Direito Penal, em especial no domínio econômico. Jesús-María Silva Sánchez descreve essa expansão como uma tendência real dos ordenamentos penais das sociedades pós-industriais, marcada por aumento de tipos penais, antecipação da tutela para fases cada vez mais distantes da lesão efetiva do bem jurídico e fortalecimento de um Direito Penal de perigosidade, sobretudo em áreas como a economia, o meio ambiente e a regulação de mercados (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

É justamente nesse cenário que Henrique Viana Pereira identifica uma “infeliz expansão desenfreada do Direito Penal” (PEREIRA, 2020, p. 14), que atinge com particular intensidade o chamado Direito Penal empresarial. Embora reconheça a necessidade de tutela penal de bens supra individuais ligados à atividade econômica, o autor insiste que essa expansão deve ser lida à luz da constitucionalização do Direito Penal e de um garantismo multifuncional, que simultaneamente veda excessos punitivos e proíbe proteção deficiente de bens relevantes (PEREIRA, 2020). Em outras palavras, o Direito Penal econômico só se legitima como resposta aos riscos próprios da economia de mercado quando permanece fiel aos princípios da legalidade, culpabilidade e intervenção mínima.

⁵³Para Beck, as sociedades modernas avançadas vivem uma ruptura no interior da própria modernidade, passando de uma sociedade industrial centrada na produção de riqueza para uma sociedade estruturada em torno da produção e gestão de riscos (como desastres ambientais, crises financeiras, catástrofes tecnológicas) (BECK, 2011). Nessa nova configuração, o foco desloca-se da reparação de danos para a prevenção e administração de riscos sistêmicos, o que pressiona o direito, e, em particular, o Direito Penal, a assumir funções de controle antecipado, inclusive sobre a atividade econômica organizada.

Acerca da temática do presente subcapítulo, utiliza-se os ensinamentos de Pereira, o qual estabelece que,

O Direito Penal Empresarial, também chamado de Direito Penal Econômico, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres. Com efeito, esse tipo de tutela penal se justifica pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. O desafio principal do Direito Penal Econômico é a “proteção de bens jurídicos coletivos” (RODRIGUES, 2019, p. 29). Apesar de ser mais comum a expressão “Direito Penal Econômico”, prefere-se a utilizar “Direito Penal Empresarial”, especialmente tendo em vista que o termo empresa deve ser compreendido como a atividade, que visa obter lucros, através do oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção (PEREIRA, 2020, p. 31).

Dentro desse quadro, utilizar-se-á a terminologia Direito Penal Empresarial⁵⁴. Assim, o Direito Penal Empresarial é um campo de conteúdo sofisticado, permeado por tecnicismos e de compreensão exigente. Esse setor do direito tem por finalidade resguardar penalmente a atividade econômica exercida em uma ordem de mercado livre. Tal proteção se legitima porque os bens jurídicos envolvidos têm caráter supraindividual, ultrapassando interesses meramente particulares (PEREIRA, 2020). Segundo o autor,

A responsabilização criminal, em delitos inerentes ao Direito Penal Empresarial, é necessária na medida em que motiva e conscientiza o empresário a não cometer crimes. A análise de custos e benefícios sempre deve ser analisada, eis que inerente à atividade empresarial. Portanto, para evitar a responsabilidade penal do empresário, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas de Direito Penal Empresarial (PEREIRA, 2020, p. 37).

Desse modo, no marco analítico desenvolvido por Blanca Mendoza Buergo, o Direito Penal Empresarial deve ser compreendido como um dos espaços em que mais claramente se manifesta a lógica expansiva do Direito Penal do risco. Nas palavras da autora,

Para além da constatação dessa tendência expansionista do Direito Penal, tem-se destacado que tal ampliação para âmbitos com peculiaridades específicas traz consigo importantes mudanças nas questões e problemas submetidos à solução penal e, portanto, uma transformação substancial das

⁵⁴ Sabe-se que a terminologia Direito Penal Econômico é mais comum, motivo pelo qual o termo ainda aparecerá no presente trabalho ao referenciar-se a ideias de doutrinadores que o utilizam.

demandas que devem ser enfrentadas e dos problemas que surgem ao tentar resolvê-las (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 45, tradução nossa)⁵⁵.

Assim, a autora mostra que, diante da crescente complexidade das relações econômicas e da ampliação de riscos estruturais produzidos pela atividade empresarial, verifica-se uma tendência à antecipação da tutela penal, à criação de tipos de perigo abstrato e à flexibilização de categorias tradicionais de imputação, especialmente em setores como o meio ambiente, a responsabilidade por produtos e a própria delinquência econômica. Tal movimento decorre das demandas sociais por segurança e controle em um cenário marcado por riscos difusos e interconexões causais cada vez mais difíceis de precisar, o que leva o legislador a recorrer ao Direito Penal como mecanismo preventivo e simbólico de gestão desses riscos, ainda que isso acarrete tensões com os princípios garantistas do Estado de Direito (MENDOZA BUERGO, 2001).

No interior desse movimento mais amplo, Pereira evidencia que o chamado Direito Penal Empresarial emerge como resposta penal específica aos riscos produzidos pela empresa. Para o autor, sua gênese e consolidação são consequências diretas da expansão da tutela penal: setores que antes não demandavam intervenção criminal passam a reclamá-la, impulsionados por exigências de segurança, controle e transparência nas dinâmicas econômicas contemporâneas. Empresários, enquanto operadores de atividades geradoras de riscos sociais, passam a ocupar posição central nesse processo, tornando-se destinatários prioritários da intensificação regulatória e da ampliação das hipóteses de responsabilização penal (PEREIRA, 2020).

Essa descrição é coerente com a leitura de Silva Sánchez, para quem a expansão do Direito Penal se manifesta com particular força em áreas marcadas por criminalidade econômica organizada e difusa, nas quais o legislador recorre a tipos de perigo, à flexibilização de categorias clássicas e à ampliação de deveres especiais de prevenção e vigilância. Desse modo, a conexão com a sociedade de risco de Beck é evidente: a empresa moderna opera em ambientes densamente regulados, nos quais decisões de investimento, produção e circulação de bens

⁵⁵ Original: Más allá de la constatación de esta tendencia ampliadora del Derecho penal, se ha señalado que tal expansión a ámbitos con peculiaridades específicas trae consigo importantes cambios en las cuestiones y problemas que se someten a la solución penal y, por tanto, una transformación sustancial de las demandas a las que hay que hacer frente y de los problemas que surgen para resolverlas.

podem gerar impactos coletivos de larga escala, transformando-se em fontes privilegiadas dos riscos fabricados que caracterizam a modernização reflexiva (SILVA SÁNCHEZ, 2001). Para o autor,

Não é incomum que a expansão do Direito Penal seja apresentada como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria, no recurso permanente à legislação penal, uma (aparente) solução fácil para os problemas sociais, deslocando para o plano simbólico, isto é, para o âmbito das declarações de princípios que tranquilizam a opinião pública, aquilo que deveria ser resolvido no plano instrumental, o da proteção efetiva (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 21, tradução nossa).⁵⁶

Nesse contexto, Pereira rejeita expressamente qualquer concepção que converta o Direito Penal empresarial em uma forma de emergência permanente. O autor alerta que

Por tudo isso, a aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema (PEREIRA, 2020, p. 56).

A partir de uma perspectiva garantista, Pereira sustenta que a legitimidade do sistema penal depende de sua vinculação a uma lógica de mínima intervenção, que assegure a máxima proteção às garantias individuais. Nessa linha, o autor adverte que a expansão simbólica do Direito Penal, frequentemente identificada com a inflação legislativa, acaba por comprometer a racionalidade própria do Estado Democrático (PEREIRA, 2020).

O desafio, portanto, consiste em harmonizar a necessidade de tutela eficaz dos bens jurídicos coletivos afetados pela atividade empresarial com o respeito ao princípio da intervenção mínima, à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana, de modo a preservar a legitimidade da intervenção penal no âmbito empresarial e evitar sua conversão em instrumento meramente simbólico de controle (PEREIRA, 2020).

Nesse cenário, em que a empresa se converte em um espaço privilegiado de produção e gestão de riscos, torna-se inevitável indagar quais consequências

⁵⁶ Original: No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad 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).

jurídico-penais decorrem da posição ocupada pelos agentes responsáveis por essas estruturas. A complexidade organizacional e a divisão funcional típica das corporações modernas, descritas por Silva Sánchez como elementos que intensificam a interdependência e requerem dispositivos permanentes de controle (SILVA SÁNCHEZ, 2001), combinam-se com a lógica preventiva da sociedade do risco analisada por Mendoza Buergo, na qual a antecipação da proteção e a gestão dos perigos fabricados justificam o reforço de mecanismos internos de vigilância (MENDOZA BUERGO, 2001). Segundo a autora,

Não se quer evitar apenas a produção do resultado lesivo de forma imprudente, mas procura-se antecipar a prevenção para garantir melhor a segurança e a própria sensação de segurança, criando-se, em definitivo, essas figuras delitivas “não para evitar a produção de danos concretos, mas para possibilitar segurança” (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 79, tradução nossa)⁵⁷.

É precisamente essa convergência entre riscos estruturais, exigências preventivas e delegação de funções de controle que abre espaço para problematizar a natureza da atuação do *Compliance Officer* e os contornos de sua eventual responsabilidade jurídico-penal. A partir dela, formula-se a transição necessária para examinar se, e em que medida, a atuação desse agente pode configurar uma posição de garante, tal como delineado no quadro teórico que segue.

5.2 Criminal Compliance

Este subcapítulo tem por objetivo examinar o *criminal compliance* como um novo campo de investigação nas Ciências Criminais⁵⁸, dedicado ao estudo dos controles internos e de outras medidas empresariais voltadas à prevenção de crimes e à redução de riscos de responsabilização penal no âmbito corporativo. A análise, entretanto, parte da necessidade de delimitar previamente o conceito de *compliance*

⁵⁷ Original: No se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que se intenta adelantar la prevención para garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad, creándose, en definitiva, estas figuras delictivas «no para evitar la producción de daños concretos, sino para posibilitar seguridad».

⁵⁸ Fala-se em *criminal compliance* como um campo específico das Ciências Criminais voltado ao estudo e à estruturação de controles internos empresariais orientados à prevenção de ilícitos penais, especialmente nos setores econômico-financeiros. Para Saavedra, trata-se de uma abordagem que não se confunde com o *compliance* tradicional de governança corporativa, nem com a simples reprodução dos problemas clássicos do Direito Penal Econômico (SAAVEDRA, 2016).

em sentido amplo, para então enfrentar os problemas específicos de definição do *criminal compliance* e apresentar suas linhas conceituais fundamentais.

Nesse sentido, Agostini Saavedra parte de uma advertência metodológica: não é possível definir *criminal compliance* sem antes esclarecer o conceito-base de *compliance*. Essa tarefa, contudo, é dificultada pela polissemia do termo na prática empresarial e na literatura internacional, que ora busca um sentido universal, ora um sentido organizacional/gerencial, ora uma definição a partir das medidas concretas de implementação. Cada uma dessas abordagens produz consequências distintas para a compreensão penal do fenômeno (SAAVEDRA, 2016).

Conforme ensina Enrique Bacigalupo,

Nesse sentido, entende-se que os elementos de um sistema de compliance corporativo são: "uma análise dos riscos jurídicos; a declaração do conselho de administração de agir no futuro contra determinadas irregularidades (declaração de missão); uma organização, ou seja, um departamento próprio de compliance e a nomeação de um comissário de compliance; a comunicação de conhecimentos jurídicos dentro da empresa (por exemplo, por meio de cursos e circulares) e a documentação das medidas adotadas e das irregularidades jurídicas descobertas" (BACIGALUPO, 2011, p. 134, tradução nossa)⁵⁹.

Assim, conforme apontado por Débora Cardoso, os programas de *compliance* têm a função primordial de prevenção de criminalidade no ambiente empresarial (CARDOSO, 2015).

Já no plano linguístico, *compliance* remete a "estar em conformidade". Mas, para Saavedra, essa tradução literal é insuficiente, porque *compliance* é um conceito relacional: estar "em conformidade" significa sempre estar em conformidade com algo. A estrutura do conceito exige, portanto, a identificação de dois núcleos: (a) um estado de conformidade e (b) uma orientação normativa de comportamento à qual se deve conformar (SAAVEDRA, 2016).

O primeiro núcleo, "estado de conformidade", não pode ser entendido de modo estático. Saavedra ressalta que definir *compliance* apenas como obedecer à lei reduziria o instituto a uma trivialidade: se todos devem cumprir o direito, não

⁵⁹ Original: En este sentido se entiende que los elementos de un sistema de corporate compliance son: "un análisis de los riesgos jurídicos; la declaración del consejo de administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades (mission statement); una organización, es decir un departamento propio de compliance y el nombramiento de un comisionado de compliance; la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa (por ejemplo, mediante cursos y circulares) y la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas".

haveria novidade teórica alguma. A especificidade do compliance está, então, em ser um estado dinâmico de conformidade, que envolve um compromisso organizacional permanente de criar e manter políticas internas, controles e procedimentos capazes de assegurar, hoje, a conformidade futura frente a riscos previsíveis (SAAVEDRA, 2016). Nesse mesmo sentido, conforme delineado por Eduardo Albuquerque, a tradução literal do termo *corporate compliance* não traz nada de inovador, tendo em vista que, o “cumprimento corporativo” é uma obviedade (ALBUQUERQUE, 2022). Assim, faz-se necessário entender o que efetivamente designa *compliance* no ambiente empresarial.

Diante disso, surge o segundo núcleo do conceito de *compliance* apresentado por Saavedra, o qual estabelece uma orientação normativa de comportamento. Assim, demanda reconhecer que *compliance* não se limita à observância de normas jurídicas estatais. O instituto lida também com regras de autorregulação privada (códigos de ética, códigos de conduta, políticas internas), que, embora não sejam normas jurídicas em sentido estrito, ganham relevância jurídica por força de contrato (cláusulas contratuais de *compliance*) ou por força de lei (como ocorre quando a legislação atribui efeitos à existência e efetividade de códigos internos). Trata-se do que o autor chama de campo da autorregulação tradicional e da autorregulação regulada (SAAVEDRA, 2016).

Dessa dupla reconstrução decorre a definição-síntese do autor:

[...] *Compliance* consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando "garantir", que se mantenha em um estado de *Compliance* (SAAVEDRA, 2016, p. 41).

Em síntese, *compliance* pode ser entendido como o compromisso organizacional de atuar em conformidade com padrões normativos externos (lei, regulação) e internos (códigos de conduta, políticas corporativas), por meio da criação e da manutenção de sistemas de controles, procedimentos e monitoramento destinados a assegurar integridade na atividade empresarial e a reduzir riscos de violações. No Brasil, esse instituto tem sido associado tanto às “boas práticas” de governança corporativa⁶⁰, com forte dimensão ética e reputacional, quanto à

⁶⁰ Embora o *compliance*, em sentido amplo, seja relevante como técnica de governança e integridade empresarial, o recorte teórico deste trabalho concentra-se no *criminal compliance*, isto é, na leitura

imposição de deveres legais de controle e colaboração em setores regulados (como o financeiro), especialmente voltados a prevenir corrupção, lavagem de dinheiro e condutas afins.

Uma vez delimitado o *compliance* em geral, Saavedra identifica por que o *criminal compliance* enfrenta dificuldades teóricas próprias. Primeiro, porque seu objeto se aproxima do Direito Penal Empresarial: ambos se ocupam de ilícitos corporativos e da empresa como espaço de risco. Se *criminal compliance* fosse apenas um novo rótulo para problemas já discutidos no Direito Penal Empresarial, ele nada acrescentaria (SAAVEDRA, 2016).

Porém, o surgimento do *criminal compliance* vincula-se a uma transformação no modo de efetivação do controle penal sobre atividades econômicas: à medida que empresários e gestores passaram a ser investigados e processados criminalmente, emergiu a necessidade de prevenção penal interna às organizações (SAAVEDRA, 2016). Esse deslocamento, da repressão externa para o controle preventivo corporativo, é o solo político-criminal em que o conceito se forma.

Assim, o *criminal compliance* emerge como uma resposta funcionalmente nova às formas contemporâneas de risco empresarial e à intensificação da persecução penal de agentes corporativos para se referir a programas destinados a evitar a violação de normas penais ou a prática de condutas danosas sob a perspectiva criminal, deslocando a atuação do Direito Penal de um plano predominantemente *ex post* (repressivo) para uma lógica *ex ante* de prevenção e gestão de riscos penais da atividade empresarial (SAAVEDRA, 2016).

Exatamente por isso, o objetivo do Compliance Criminal tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”. Segundo posição dominante, portanto, as empresas do mercado de seguros e as instituições financeiras deveriam criar os chamados Compliance Officers que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos compliance e criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal (SAAVEDRA, 2016, p. 248).

Assim, a primeira nota definidora do *criminal compliance* é a prevenção. Enquanto o Direito Penal tradicional opera majoritariamente *ex post* (avaliando fatos já ocorridos), o *criminal compliance* trabalha *ex ante*, isto é, com a identificação de

jurídico-penal dos controles internos voltados à prevenção de delitos e às consequências dogmáticas da sua implementação, não sendo objeto aqui explorar exaustivamente as nuances do *compliance* corporativo geral.

riscos e a estruturação de controles internos que evitem a persecução penal da empresa e de seus agentes.

Nessa arquitetura preventiva, consolida-se a figura do *Compliance Officer*, responsável por mapear riscos, desenhar controles internos e promover a adequação das práticas corporativas às orientações normativas relevantes. Saavedra nota que essa função, embora nascida em setores regulados (especialmente o financeiro, com deveres de comunicação de operações suspeitas), tende a se expandir para todo o tecido corporativo, acompanhando o aumento da densidade penal sobre a atividade empresarial (SAAVEDRA, 2016), conforme será estudado em subcapítulo próprio.

5.2.1 *Compliance Officer*

Conforme já apresentado, o programa de *criminal compliance* pode ser entendido como uma estrutura criada dentro da organização com a finalidade principal de prevenir a ocorrência de delitos. Nesse contexto, o *Compliance Officer*, é o “[...] profissional responsável por estabelecer, fazer cumprir, e fiscalizar o projeto, recebe por delegação os deveres de vigilância e controle da atividade empresarial no que tange à observância da legalidade” (MAYRINK, 2022, p. 71).

Conforme ensina Enrique Bacigalupo, a lei prevê que o *Compliance Officer* é tido como um

encarregado de prevenção (*Compliance Officer*), ao qual se confere autonomia em relação à administração da pessoa jurídica, aos seus proprietários, sócios, acionistas ou controladores (art. 49.1), bem como a possibilidade de as pessoas jurídicas obterem uma “certificação da adoção e implementação de seu modelo de prevenção de delitos e de sua supervisão, a fim de detectar e corrigir suas falhas, bem como atualizá-lo de acordo com as mudanças nas circunstâncias da respectiva entidade” (art. 49.4.a) (BACIGALUPO, 2011, p. 131, tradução nossa)⁶¹.

Em continuidade, o autor estabelece que

⁶¹ Original: encargado de prevención (*compliance-officer*), al que dota de autonomía respecto de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores (art. 49.1), y la posibilidad de las personas jurídicas de obtener una “certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo con el cambio de circunstancias de la respectiva entidad” (art. 49.4.a).

Suas funções básicas são a vigilância, o aconselhamento, o alerta e a avaliação dos riscos legais de gestão, que não devem abranger apenas o cumprimento da lei e dos regulamentos, mas também as diretrizes e princípios éticos internos e os padrões de conduta internacionais (BACIGALUPO, 2011, p. 136, tradução nossa)⁶².

Ou seja, o *Compliance Officer* têm papéis fundamentais dentro da estrutura organizacional, destacando suas responsabilidades para garantir a conformidade legal e ética da empresa. Ademais, Bacigalupo defende que a função de vigilância tem uma importância especial no que diz respeito à prevenção e supervisão de condutas que podem dar origem a um número considerável de delitos (BACIGALUPO, 2011).

Débora Motta Cardoso, ao delimitar o setor financeiro, estabelece que

[...] é atribuição do *Compliance Officer* fiscalizar se os procedimentos de controles internos estão em conformidade com a lei, com as regras emanadas do Banco Central e de outros órgãos reguladores, como também com as normas internas da própria instituição, com o objetivo de investigar e prevenir transações financeiras relacionadas à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes (CARDOSO, 2015, p. 55).

Para Florêncio Filho e Cereser, o *Compliance Officer* é, acima de tudo, um operador de gestão de riscos, cuja função principal consiste em estruturar, acompanhar e aperfeiçoar o programa de integridade, bem como em informar a direção da empresa sobre irregularidades detectadas e sobre as medidas recomendadas (FLORÊNCIO FILHO; CERESER, 2022).

Essa posição institucional leva os autores a concluir que, em consonância com os ensinamentos de Robles Planas, a função primordial do *Compliance Officer* não é “evitar crimes”, mas diagnosticar e informar sobre os riscos, assessorar na construção de mecanismos de prevenção e acompanhar sua efetividade. A prevenção de delitos é, por assim dizer, uma consequência mediata de sua atuação, e não o núcleo imediato de seu dever funcional (FLORÊNCIO FILHO; CERESER, 2022). Assim,

Os deveres primários atribuídos ao *Compliance Officer* se reduzem a avaliar os riscos e implementar um programa de conformidade de acordo com a

⁶² Original: Sus funciones básicas son la de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, que no sólo deben alcanzar al cumplimiento de la ley y los reglamentos, sino también a las directivas y principios éticos internos y a los standards de conducta internacionales.

avaliação, a vigiar o cumprimento do programa e formar os trabalhadores e a informar a direção da empresa sobre o desenvolvimento, incidências e eventuais riscos detectados na sua atividade. Assim, o *Compliance Officer* ocupa uma posição na empresa imediatamente subordinada aos órgãos de direção, similar a posição de um alto diretor. Ainda, ele armazena todas as informações relevantes e tem faculdades de inspeção e de obtenção de informação de toda a empresa. Tem também faculdades decisórias sobre os eventuais controles e investigações sobre as possíveis suspeitas. É independente em termos organizativos, econômicos e materiais, mesmo que careça de faculdades executivas. Seus deveres de informação incluem um "direito de escalada", consistente em poder dirigir-se diretamente à cúpula da empresa para transmitir-lhe a informação relevante fruto de sua atividade. Como se pode comprovar, o *Compliance Officer* é tão somente um órgão auxiliar. A conformidade ao Direito na empresa é tarefa primordial de seus órgãos diretivos, que são os realmente chamados a organizar um sistema de conformidade no qual o *Compliance Officer* é somente a cabeça visível (ROBLES PLANAS, 2021, p. 247-248).

Como destaca Robles Planas, as responsabilidades originalmente atribuídas à direção da organização são repassadas ao *Compliance Officer*, que, entre outras atribuições, se encarrega de zelar pelo cumprimento das normas legais por parte dos colaboradores da pessoa jurídica (ROBLES PLANAS, 2021). Tal deslocamento de funções, porém, não autoriza concluir automaticamente que o *Compliance Officer* incorre na posição de garante. Pelo contrário, impõe a necessidade de uma análise mais cautelosa e criteriosa sobre se, em cada caso concreto, essa posição realmente se configura, questão que será examinada adiante.

5.3 Delegação da posição de garante aos *Compliance Officers*

A delegação da posição de garante aos *Compliance Officers* é um tema central na discussão sobre a responsabilidade penal dentro do contexto do *criminal compliance*. Tradicionalmente, a figura do garante no Direito Penal é atribuída àqueles que, por sua posição ou função, têm o dever jurídico de prevenir um resultado ilícito e, em caso de omissão, podem ser responsabilizados penalmente. No ambiente corporativo, a delegação dessa função ao *Compliance Officer* é uma questão ainda controversa e que demanda análise minuciosa.

O desenvolvimento do *criminal compliance* produz um efeito ambivalente. Saavedra formula o chamado paradoxo do *compliance criminal*: o programa é criado para diminuir riscos de responsabilização penal, mas sua própria institucionalização pode aumentar esses riscos, ao estruturar uma cadeia interna de deveres de vigilância com relevância penal (SAAVEDRA, 2016).

Esse paradoxo se evidencia quando o *Compliance Officer*, ao assumir formalmente a tarefa de prevenir crimes no interior da empresa, podendo ser interpretado como garantidor e responder por omissão imprópria se não impede um resultado delitivo que estava sob sua esfera de cuidado. Saavedra menciona como exemplo paradigmático a jurisprudência alemã, na qual um *Compliance Officer* foi condenado sob o fundamento de que sua função implicava dever de proteção, cuidado e vigilância, típico de posição de garante (SAAVEDRA, 2016).

Nesse sentido ensina Robles Planas, ao estabelecer que “[...] não existe uma posição de garante original do *Compliance Officer* por todos os delitos que se cometam na empresa” (ROBLES PLANAS, 2021, p. 247). Assim,

[...] o *Compliance Officer* não assume a completa posição de garantia de controle ou vigilância por delegação do órgão competente, tampouco é gerada uma nova posição de garantia com o mesmo conteúdo. O assumido pelo *Compliance Officer* constitui somente uma parte da posição de garantia, a saber, o dever de investigar e transmitir informação ao órgão superior - autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa -. No entanto, ainda que se trate da assunção mediante delegação de uma parte da função de vigilância e controle, não se deve infra-valorar sua importância para o correto desempenho da competência dessas funções do garante primário: o *Compliance Officer* dispõe da informação relevante para o cumprimento daquela função, o que o situa em uma posição privilegiada na empresa e condiciona a atuação do órgão diretivo a que o órgão delegado lhe faça chegar a informação para tomar as decisões e medidas organizativas oportunas (ROBLES PLANAS, 2021, p. 252).

A consequência é relevante para o Direito Penal Empresarial: a criação de estruturas de *compliance* não é neutra do ponto de vista dogmático. Ao distribuir internamente deveres de controle e supervisão, a empresa pode gerar novas posições jurídicas de garantia, ampliando o campo de imputação por omissão.

Nesse sentido, conclui Robles Planas que, do ponto de vista da direção da empresa, existe uma posição de garantia que pode ser dividida em partes e delegada a outras pessoas. No caso do *Compliance Officer*, a principal parte delegada costuma ser a tarefa de obter informações relevantes para a prevenção de ilícitos. Sob a ótica do *Compliance Officer*, ele só passa a ter uma posição de garante porque recebeu, por delegação, uma parte das funções de vigilância e controle que pertencem originalmente ao órgão diretivo. Isso significa que, no que diz respeito à atividade delegada, especialmente a obtenção de informações, ele age em nome da direção. Mesmo sem ter poderes para decidir ou executar medidas,

se ele falha na parte que lhe foi atribuída, impede que a direção, que possui esses poderes, possa agir de forma adequada (ROBLES PLANAS, 2021).

Por isso, é incorreto dizer que responsabilizar o *Compliance Officer* significa transformá-lo em um “bode expiatório”, conforme aponta Robles Planas. Sua responsabilidade só existe quando ele não cumpre corretamente os deveres que realmente assumiu. Esses deveres são limitados ao alcance da delegação que foi de fato atribuída a ele e, em termos gerais, envolvem investigar possíveis infrações e repassar à direção as informações obtidas (ROBLES PLANAS, 2021).

Estellita, ao tratar da responsabilidade omissiva de dirigentes e encarregados de cumprimento, sustenta que o *Compliance Officer* pode assumir posição de garante em razão da vantagem informacional que detém sobre as fontes de risco da empresa, ainda que não possua poderes de mando equivalentes aos da diretoria. O fundamento da posição de garante, nessa perspectiva, estaria no exercício de controle, ainda que informacional, sobre uma fonte de perigo, e não necessariamente na titularidade de poderes hierárquicos de comando. Desse modo, a falta de poderes de direção ou de decisão por parte do *Compliance Officer* não elimina a possibilidade de que ele seja considerado garantidor. Contudo, essa limitação interfere no alcance de suas obrigações, que passam a ser definidas conforme as possibilidades jurídicas de atuação que efetivamente possui (ESTELLITA, 2017). Assim,

Se o caso concreto manifestar uma estruturação da posição de CO tal qual a apontada como mais comum, ou seja, com incumbências de vigiar o cumprimento de normas legais e regras internas da sociedade, diretamente e por meio do recebimento de denúncias de irregularidades, de investigar irregularidades e de transmitir as informações à administração da empresa, estamos, então, diante de caso de delegação parcial dos deveres de garantidor, pois competência de intervir para evitar diretamente o resultado não é delegada ao encarregado, mas permanece nas mãos do garantidor originário. Uma delegação apenas parcial dos deveres de garantidor de vigilância, porém, não descaracteriza a sua natureza (ESTELLITA, 2017, p. 221-222).

Segundo Silveira e Saad-Diniz, a condição de garante atribuída ao *Compliance Officer* por delegação não é ampla ou irrestrita. Ela se restringe a um campo delimitado de atuação, já que o profissional não possui poderes executórios nem pode ser visto como responsável por evitar todos e quaisquer delitos no âmbito da empresa. Assim, reconhecem que, em muitos casos, o *Compliance Officer* atua como “garante complementar”, titular de deveres de monitoramento e informação,

mas não de poderes executivos diretos para impedir delitos, o que limita o conteúdo de seu dever concreto de agir e, conseqüentemente, o âmbito de sua responsabilidade omissiva (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015). Logo, a posição de garante, quando existente, teria natureza derivada e funcionalmente restrita: o *Compliance Officer* responde por falhas em seu dever de informar, diagnosticar e supervisionar, não por todos os resultados lesivos ocorridos na empresa.

Nesse sentido, apresentam Florêncio Filho e Cereser que “[...] o cerne reside em verificar se sua omissão imprópria foi ou não penalmente relevante para o resultado” (FLORÊNCIO FILHO; CERESER, 2022, p. 48).

Essas leituras dialogam diretamente com a distinção feita por Bottini entre: (a) garantes de riscos alheios, que assumem deveres de proteção ou vigilância em relação a riscos que não criaram; e (b) garantes por ingerência, que criam, por conduta comissiva anterior, um risco não permitido e, com isso, assumem deveres de controle e de salvamento. Aplicada à figura do *Compliance Officer*, essa distinção sugere que sua posição de garante, quando fundada na alínea “b” do art. 13, § 2º (assunção de responsabilidade), não se confunde automaticamente com a posição de garante por ingerência da alínea “c” (BOTTINI, 2020).

Para Saavedra, esse cenário justifica a autonomia teórica do *criminal compliance*: sua novidade não está em repetir a obviedade de que empresas devem agir conforme a lei, mas em mostrar como a prevenção corporativa de ilícitos se conecta às categorias de imputação penal (risco, deveres especiais, garante, omissão imprópria) e à própria política criminal contemporânea. Sem esse diálogo com o Direito Penal e com a Criminologia, o *compliance* corre o risco de ser implementado “à margem” das exigências dogmáticas, produzindo programas ineficazes e, simultaneamente, ampliando a responsabilização penal de modo formalista e desproporcional (SAAVEDRA, 2016).

Em síntese, o *criminal compliance* pode ser compreendido como um campo das ciências criminais voltado ao estudo e à conformação de controles internos empresariais destinados à prevenção de crimes e à redução de riscos de persecução penal, analisando criticamente suas repercussões na atribuição de deveres, na estrutura de garantias e nas formas de imputação penal dentro das organizações.

5.3.1 A ingerência atribuída ao *Compliance Officer* e seu dever jurídico

A análise da posição jurídica do *Compliance Officer* no âmbito dos crimes omissivos impróprios exige a delimitação precisa dos fundamentos normativos que podem transformar esse agente corporativo em garante. Considerando-se exclusivamente a modalidade de ingerência, tal como construída por Pierpaolo Bottini, a responsabilização penal por omissão imprópria pressupõe, de forma inafastável, a criação prévia de um risco não permitido pelo próprio sujeito que posteriormente se omite (BOTTINI, 2020).

A ingerência, portanto, não decorre de um vínculo institucional genérico, nem do simples exercício de funções de integridade empresarial, mas da prática antecedente de um comportamento comissivo que introduz no mundo fático um perigo contrário às normas de cuidado. Nesse sentido, a omissão subsequente só pode ser equiparada à ação quando se verifica essa conexão normativa entre o risco não permitido e o agente que o produziu, condição indispensável na teoria defendida por Bottini. Nas palavras do autor,

O termo *ingerência*, que caracteriza o *dever de garantia* em análise é ambíguo e repleto de definições doutrinárias, ora complementares, ora contraditórias. ROXIN indica que a ingerência vem do latim *ingerere*, que significa o ato de *mesclar-se* em algo. O AURELIO caracteriza o verbo *ingerir* como o ato de "intervir, intrometer-se"? Ou seja, designa a *entrada* de alguém na esfera do *outro* através de um comportamento prévio. Sob uma perspectiva do Direito Penal, pode-se caracterizar a *ingerência* como a criação de um *risco* para terceiros, que fundamenta a responsabilidade pelo resultado diante de certas condições. Nas palavras de JAKOBS, trata-se de situações nas quais alguém introduz um perigo no âmbito de organização alheio e deixa de revogá-lo ou impedir a produção do resultado (BOTTINI, 2018, p. 146).

A aplicação dessa construção ao *Compliance Officer* impõe um recorte rigoroso. De modo geral, esse profissional não é o responsável direto pela geração de riscos físicos inerentes à atividade produtiva ou operacional da empresa. Contudo, sua atuação pode ser decisiva na conformação de riscos organizacionais não permitidos, especialmente quando deixa de implementar ou acionar mecanismos de controle indispensáveis para manter a empresa dentro dos padrões de licitude exigidos (BOTTINI, 2020).

Assim, quando o *Compliance Officer* se abstém de agir diante de situações que exigiam, segundo padrões técnicos e normativos, intervenção imediata, sua omissão pode, de fato, transformar um risco inicialmente permitido em um risco

normativamente intolerável. Nesses casos, o risco não permitido é produzido não por um ato físico, mas por um ato organizativo, o que é plenamente compatível com a noção de criação de risco acolhida por Bottini, desde que derivado da violação de normas de cuidado (BOTTINI, 2020).

Nesse sentido, Juarez Tavares ensina que

A tese da ingerência parte, indiscutivelmente, de uma necessidade de definição da responsabilidade da conduta omissiva. Assim como a ação só poderá ser típica quando produza, causalmente, um resultado, tal como conferido na sua definição legal, a omissão só poderia ser juridicamente relevante se fizesse o mesmo, quer dizer, se a ação precedente, causadora do perigo, também, comportasse uma análise causal. Isto porque tão só dessa forma poderia ser admitida como típica e estar adequada ao princípio da legalidade e seus corolários (TAVARES, 2012, p. 116).

Em outras palavras, a conduta anterior do agente passa a desempenhar função central na busca por superar as dificuldades inerentes à determinação da causalidade. No âmbito específico dos delitos omissivos, as controvérsias acerca do nexos causal assumem especial relevo.

Nesse mesmo sentido, Cláudio Brandão ensina que a grande herança do positivismo à doutrina atual é a necessidade de vinculação da conduta humana à causalidade (BRANDÃO, 2019). Assim, a discussão gira em torno da existência ou não de um nexos de causalidade nos crimes omissivos, especialmente na omissão imprópria.

Na doutrina atual predomina o entendimento de que na omissão não existe causalidade, quando esta é considerada sob o aspecto naturalístico (BITTENCOURT, 2012). Cesar Roberto Bittencourt rejeita a causalidade na omissão, de modo que,

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obrigação de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal. Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão imprópria não há o nexos de causalidade, há o nexos de “não impedimento”. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real. Dessa

forma, determina-se a imputação objetiva do fato (BITTENCOURT, 2012, p. 699).⁶³

Nesse sentido, surge a Teoria da Imputação Objetiva como forma de evolução da causa juridicamente relevante (BITTENCOURT, 2012). Nesses termos, Claus Roxin sustenta que:

Com efeito, dado que não sabemos nada mais preciso acerca da ‘força operativa’ ou da ‘dinâmica’ da causalidade nem mesmo nos delitos comissivos, mostra-se aconselhável aplicar a fórmula, hoje, aliás, plenamente reconhecida, da causalidade como condição conforme a leis tanto aos delitos comissivos quanto aos omissivos. E isso conduz efetivamente ao resultado aceito por Engisch, Puppe e Hilgendorf de que também uma omissão pode estar em uma conexão conforme a leis com um resultado: se uma mãe não alimenta seu filho, este, com a segurança das leis naturais, morrerá de fome. Consequentemente, em todo o texto que segue, falar-se-á simplesmente de uma causalidade da omissão naqueles casos em que os que se opõem à causalidade da omissão podem aceitar unicamente uma ‘quase-causalidade’, uma ‘causalidade hipotética’ ou, simplesmente, apenas uma imputação do resultado à omissão (ROXIN, 2014, p. 768, tradução nossa)⁶⁴.

Em resumo, Roxin assinala que, para verificar se o resultado corresponde à realização de um risco não permitido, é indispensável cotejar a finalidade e o âmbito de proteção da norma de cuidado, considerados sob uma perspectiva *ex ante*, com o resultado efetivamente ocorrido. Em outros termos, não se pode atribuir o resultado à conduta se a norma de cuidado, tal como formulada, já se revelava, desde o início, inadequada ou insuficiente para evitar o desfecho que posteriormente se produziu. Assim, ainda que a conduta tenha criado um risco típico e não coberto pelo risco permitido, a imputação resta excluída quando se constata, *ex post*, que os cuidados exigíveis *ex ante* não tinham, em si mesmos, idoneidade para impedir o

⁶³ À luz da teoria exposta, nos crimes omissivos impróprios, como não há uma relação de causalidade em sentido naturalístico, a vinculação entre a omissão e o resultado assume natureza normativa ou jurídica. Em outras palavras, o nexa é construído pelo próprio ordenamento, o que, no direito brasileiro, se dá por intermédio do artigo 13, *caput*, do Código Penal, ao estabelecer que se considera causa todo antecedente que concorra para a produção do resultado indesejado, compreendendo-se aí qualquer ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁶⁴ Original: En efecto, dado que no sabemos nada más preciso de la “fuerza operativa” o “dinámica” de la causalidad incluso en los delitos comisivos, resulta aconsejable aplicar la fórmula, por lo demás hoy plenamente reconocida, de la causalidad como condición conforme a leyes por igual a los delitos comisivos y a los omisivos. Y esto lleva efectivamente al resultado aceptado por Engisch, Puppe y Hilgendorf de que también una omisión puede estar en una conexión conforme a leyes con un resultado: si una madre no alimenta a su hijo, éste, con la seguridad de las leyes naturales, morirá de hambre. Por consiguiente, en todo el texto que sigue se hablará sin más de una causalidad de la omisión en aquellos casos donde los que se oponen a la causalidad de la omisión pueden aceptar únicamente una “cuasi-causalidad”, una “causalidad hipotética” o simplemente sólo una imputación del resultado a la omisión.

resultado desvalioso, porque fatores imprevisíveis ou desconhecidos no momento da atuação também concorreram para a ocorrência do resultado típico (ROXIN, 1997).

Importante mencionar que, para os finalistas, o vínculo causal revela-se sempre perceptível, pois a finalidade que orienta a ação humana funciona como elemento estruturante capaz de conter e ordenar a regressão infinita da causalidade, conferindo-lhe limites normativos precisos. Essa compreensão deriva da própria concepção finalista de ação: “A ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, um acontecer ‘final’, não somente ‘causal’”. (WELZEL, 1976, p. 53, tradução nossa)⁶⁵. Assim,

A teoria finalista parte da constatação de que não se pode formular o conceito de ação com base na lei da causalidade, isto é, como um mero movimento corpóreo voluntário. Hans Welzel, o criador desta teoria, ao partir de um conceito de ação diferente daquele formulado pelos seus antecessores, conferiu um novo contorno ao Direito Penal. Para ele, toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação dirigida a um fim. Isso se dá porque a causalidade é restrita aos fenômenos que não são dominados ou domináveis pela vontade. A vontade é senhora do acontecimento humano, pois, enquanto o processo causal desenvolve-se a partir de um desenrolar “cego”, a ação humana desenvolve-se a partir de um processo “vidente”. Welzel afirma que o homem, com seu conhecimento oriundo da experiência e da probabilidade, pode antever os possíveis resultados e as possíveis consequências do seu atuar, e, à luz dessa possibilidade, o homem pode dirigir os fatores causais na consecução dos seus fins (BRANDÃO, 2019, p. 66 - 67).

Nesse cenário, a tipicidade passa a incorporar não apenas o dado objetivo do comportamento, mas também a sua orientação final, que delimita a relevância jurídico-penal da conduta e impede que o nexo entre ação e resultado seja aferido em termos puramente naturalísticos.

A esse ponto, é importante distinguir essa estrutura finalista da análise realizada pela imputação objetiva, vinculada à Teoria do Risco. Como demonstra Gimbernat Ordeig, com precisão, houve uma superestimação da originalidade funcionalista no tratamento da imputação objetiva, pois o cerne dessa teoria não reside em aspectos subjetivos da ação ou na mensuração da culpabilidade, mas na verificação de se o agente atuou dentro ou fora do risco permitido. Para o autor, quando a conduta se mantém dentro do âmbito do risco tolerado pelo ordenamento, a própria tipicidade resta excluída, não pela ausência de causalidade, mas pela

⁶⁵ Original: Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’.

inexistência de criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado (GIMBERNAT, 2019).

Assim, o juízo de tipicidade passa a depender da constatação de que o comportamento introduziu um risco proibido apto a fundamentar a imputação do resultado lesivo, o que reforça o caráter normativo da relação entre conduta e resultado. A partir dessa construção, percebe-se que a imputação objetiva só pode ser manejada como critério de superação da mera relação de causalidade no âmbito da Teoria do Risco, não sendo apta, contudo, a fornecer sustentação direta ao trabalho aqui desenvolvido.

À luz dessa moldura conceitual, a ingerência assume especial relevância. Se a ação humana é compreendida como atividade final dirigida a fins específicos, e se a imputação deve levar em conta a criação ou incremento de um risco não permitido, somente haverá fundamento para atribuir ao *Compliance Officer* o dever jurídico de evitar o resultado quando sua conduta antecedente houver contribuído, de maneira finalisticamente orientada, para instaurar um risco proibido. Nessa hipótese, sua intervenção prévia passa a integrar a cadeia de risco, configurando-se a posição de garante por ingerência (BOTTINI, 2018).

Assim, uma omissão posterior que funcione como condição negativa para a produção do resultado típico poderá ser equiparada juridicamente à ação, autorizando a responsabilização por omissão imprópria, conforme sustenta Bottini (2018). Dessa forma, a imputação do resultado não decorre de uma mera relação físico-natural entre comportamento e efeito, mas da avaliação normativa acerca da criação do risco e da relevância final da conduta antecedente para a sua concretização. Dessa forma, a teoria da ingerência assume papel central justamente por permitir “[...] identificar as normas pelas quais o legislador constrói o conteúdo das normas mandamentais, ou diretamente por meio de uma definição do que consiste a omissão [...]” (TAVARES, 2012, p. 130).

Nessa perspectiva, apenas quando o *Compliance Officer* concorre, por ação antecedente, para a formação de um risco não permitido, é possível cogitar a incidência do dever de evitar o resultado típico em razão da ingerência. Conseqüentemente, a sua omissão posterior, caso seja condição negativa para a produção do resultado lesivo, poderá ser juridicamente equiparada à ação, legitimando a responsabilização por omissão imprópria (BOTTINI, 2018).

Em contraste, quando o risco inicialmente existente permanecia dentro dos limites do permitido, ou quando não houve qualquer violação das normas de cuidado relacionadas às suas atribuições, inexistente o liame normativo que singulariza o agente como garante. Aqui se aplica diretamente a formulação de Bottini segundo a qual o dever de salvamento e, portanto, a própria ingerência, não se ativa diante de riscos permitidos, pois nesses casos a posição do omitente não se distingue da de qualquer terceiro eventualmente presente na cadeia causal (BOTTINI, 2018).

Cláudio Brandão, ao examinar a alínea c do art. 13, § 2º, do Código Penal, que se refere “à criação do risco de resultado”, indica como requisitos: i) a existência de uma conduta precedente antijurídica; ii) a criação de um perigo adequado e idôneo à produção do resultado; e iii) que o dano não se produza de imediato com essa conduta, pois, nesse caso, estar-se-á diante de crime comissivo (BRANDÃO, 2019).

A consequência dogmática desse critério é significativa: o *Compliance Officer* não é garante por ingerência pelo simples fato de ocupar tal função, nem se converte automaticamente em corresponsável por todo e qualquer resultado lesivo que ocorra no âmbito empresarial. Sua responsabilidade omissiva imprópria dependerá sempre da demonstração de que sua conduta antecedente criou ou intensificou um risco proibido, em violação a parâmetros normativos específicos.

Trata-se, portanto, de um modelo que preserva a racionalidade do sistema penal e impede a expansão indevida da posição de garantia, alinhando-se à exigência, destacada por Bottini, de que a ingerência só legítima a equiparação entre omissão e ação quando fundada em um desvalor anterior da conduta, capaz de justificar o tratamento mais gravoso do omitente frente aos demais indivíduos que não participaram da gênese do risco (BOTTINI, 2018).

Assim, conforme apresenta Cláudio Brandão,

[...] 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 inexigibilidade (BRANDÃO, 2019, p. 93).

Em síntese, a exigibilidade constitui critério essencial na estrutura dos crimes omissivos impróprios, não apenas como limite ao poder punitivo estatal, mas

também como verdadeiro elemento da própria causalidade na omissão. Como já salientado por Heinrich Henkel, o tratamento da exigibilidade projeta-se muito além dos contornos tradicionais da culpabilidade (HENKEL, 2005).

Se algo parece fora de dúvida, é que a exigibilidade, no âmbito da omissão imprópria, desempenha papel decisivo na superação de entraves que a própria doutrina historicamente teve dificuldade em resolver. Aliás, essa via mostra-se significativamente mais adequada do que a Teoria da Imputação Objetiva, já examinada, a qual opera sobretudo com a noção de criação ou incremento de risco.

A exigibilidade, nesse contexto, assume relevância maior porque toca o âmago da condição humana, ao buscar, na atuação concreta, a presença do “bom senso”. Afirmar que uma conduta era exigível significa impor ao Estado-acusação e ao Estado-juiz o ônus de demonstrar que aquela atuação era, sob o prisma do “bom senso”, isto é, da ética e da moral, efetivamente reclamável do agente, e não apenas compatível com a figura abstrata do homem médio, que permanece circunscrita ao âmbito da culpabilidade. É precisamente essa dimensão ampliada da exigibilidade, enquanto elemento estruturante da omissão imprópria, que será objeto de análise na sequência do presente trabalho.

5.4 A posição de garantidor assumida e o dever concreto de agir como contenção ao poder punitivo

Não é possível antecipar a responsabilidade penal pela omissão imprópria apenas com a afirmação genérica de que o sujeito ocupa uma posição de garantidor. Uma imputação construída exclusivamente a partir do lugar que o agente ocupa na estrutura empresarial conduz exatamente ao que se pretende evitar: acusações baseadas só na titularidade de um cargo, com manifesta negação da responsabilidade individual pela conduta concretamente realizada.

Nesse ponto, é bastante ilustrativa a advertência de Schünemann de que a imputação direta e automática à cúpula da empresa representa um resquício de modelos primitivos de Direito Penal, próprios de sociedades arcaicas, em que a responsabilidade se definia com base na mera causalidade ou na pertença do indivíduo a determinada casta, e não na verificação de uma atuação pessoalmente relevante para o resultado (ESTELLITA, 2017, p. 76).

O que se verifica, nesse modelo de responsabilização calcado unicamente na posição ou no cargo ocupado na empresa, é, em verdade, a instauração de uma responsabilidade penal de feição objetiva. Nesse contexto, Heloisa Estellita adverte que os desafios próprios da criminalidade empresarial precisam ser enfrentados e solucionados dentro do quadro normativo vigente, sob pena de se consolidar, com pretensão de permanência, uma forma ilícita de responsabilidade por posição, fundada na mera ostentação formal da qualidade de administrador, hipótese que não encontra respaldo no direito positivo nacional (ESTELLITA, 2017).

Tomando em conta esse quadro, os dados empíricos recentemente levantados por Alexis Couto de Brito e João Victor Macêdo de Moraes reforçam o diagnóstico de que a omissão imprópria se tornou um dos principais instrumentos de imputação penal contra dirigentes empresariais: verificou-se um aumento de aproximadamente 650% no número de casos de omissão imprópria julgados pelos tribunais superiores entre as décadas de 1980 e 2010, sendo que 56% dos acórdãos analisados dizem respeito a crimes praticados em contexto empresarial (BRITO; MORAIS, 2023, *apud* PINTO, et. al. 2024).

Tais dados funcionam como confirmação externa da necessidade de se manter, no plano da omissão imprópria, um modelo de imputação estritamente vinculado ao art. 13, §2º, do Código Penal e filtrado pela exigibilidade: em vez de legitimar uma “nova” forma de responsabilidade objetiva travestida de posição de garante, a prática jurisprudencial deveria exigir, especialmente em relação a dirigentes e agentes de *compliance*, a demonstração de um fundamento normativo específico para o dever de agir, de um comportamento precedente de criação ou incremento de risco não permitido e, por fim, de que, no caso concreto, era realisticamente possível e juridicamente exigível que o agente atuasse para evitar o resultado.

Na mesma linha crítica aqui adotada, Alexis Couto de Brito parte do diagnóstico de que o Direito Penal vive uma crise estrutural, diretamente associada à falência seletiva de sua principal sanção, a pena privativa de liberdade, em um contexto em que a sociedade, acuada pelo crescimento da violência, pressiona o Estado por respostas cada vez mais duras (BRITO, 2019). Em lugar de uma política criminal racional, orientada por critérios de necessidade e subsidiariedade, o que se observa, como aponta o autor, é a tentação permanente de responder ao medo

social mediante o aumento de tipos penais, o agravamento de penas e a expansão dos espaços de punição. Nas palavras do autor,

Sabemos que o Direito Penal está em crise, e com ele sua principal sanção, a pena de prisão. A sociedade, ameaçada e acuada pelo crescimento da violência pressiona o Estado, em busca de soluções. Então, o que fazer? Aumentar os tipos penais e a duração das penas? (BRITO, 2019, p. 37).

Inserida nesse quadro de crise do Direito Penal descrito por Brito, a proposta desenvolvida neste trabalho, de reconduzir a omissão imprópria a parâmetros estritos de criação de risco não permitido e de exigibilidade concreta, pretende justamente operar como contracorrente: em vez de somar mais um mecanismo de expansão simbólica do sistema, a dogmática da omissão deve funcionar como instrumento de contenção do poder punitivo, especialmente quando se está diante de estruturas empresariais complexas, em que o perigo de responsabilização automática “por posição” é particularmente elevado.

Desse modo, a cláusula de exigibilidade formulada por Henkel mostra-se apta a conter o uso expansivo e desmedido do Direito Penal na atribuição de responsabilidade por delitos omissivos às pessoas. Quanto a isso, ensina Cláudio Brandão,

A questão da exigibilidade, que normalmente é tratada como um dos elementos da culpabilidade, é requisito para a imputação do resultado na omissão imprópria, vez que só será penalmente relevante o evento se o sujeito ativo podia e devia agir para evitá-lo. Nesse contexto, o projeto encerra uma contradição: a exigência da equivalência omissiva à causação. Com efeito, a causação não pode ser um fundamento para a omissão imprópria, já que a base da omissão imprópria é a exigibilidade (BRANDÃO, 2019, p. 88).

Assim, nas palavras de Leonardo Rodrigues, “A consciência e a inconsciência constituem pilares fundamentais na discussão acerca de condutas dolosas, direta ou eventual, e da culpa, consciente e inconsciente.” (RODRIGUES, 2023, p. 164). Devido a isto, a consciência sempre deverá estar no centro da análise da responsabilidade penal, evitando-se atribuições de responsabilidade que estão em desconformidade com o Estado Democrático de Direito (RODRIGUES, 2023).

Sendo assim, conforme foi analisado, a teoria tradicional reserva o exame da exigibilidade de conduta diversa à culpabilidade, como elemento subjetivo de reprovação. Contudo, a discussão contemporânea sobre crimes omissivos

impróprios, especialmente em contextos de forte indeterminação normativa como o do art. 13, § 2º, do CP, tem destacado a necessidade de antecipar parte deste juízo para o âmbito da tipicidade, mais precisamente, para a própria delimitação do dever concreto de agir e da posição de garante. Com isso,

Na atualidade, não se sustenta uma concepção puramente psicológica da inexigibilidade que contemple unicamente o fundamento da ausência da punição na situação psicológica excepcional do autor, de forma que se mostra impossível para ele comportar-se de acordo com a norma (ROBLES PLANAS, 2021, p. 161).

Desse modo, “Nos delitos omissivos e nos culposos, a exigibilidade da ação indicada é considerada um elemento irrenunciável para o juízo constitutivo da responsabilidade penal.” (ROBLES PLANAS, 2021, p. 167).

Portanto, a ideia de antecipação do juízo de exigibilidade na tipicidade omissiva imprópria é possível e parte de duas premissas: (a) a cláusula de equiparação entre ação e omissão é, por si, insuficiente para atender às exigências da legalidade, dada sua redação vaga e aberta; e (b) a identificação do dever de agir não pode ser feita sem considerar as possibilidades jurídicas e fático-organizacionais de atuação do suposto garante. Em outras palavras, o dever de agir não é uma variável puramente normativa, mas depende de um juízo integrado sobre o que, concretamente, se podia exigir do agente no contexto em que estava inserido (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017).

Nessa linha, quando se analisa a responsabilidade omissiva de *Compliance Officers*, o juízo de tipicidade deve já incorporar um exame rigoroso da exigibilidade: somente será típica a omissão que recair sobre comportamento concretamente possível e juridicamente esperado do *Compliance Officer*, à luz de suas atribuições, de sua posição hierárquica, da cultura organizacional e dos recursos de que dispunha. O que exceder esse núcleo de exigibilidade não pode sequer ingressar no âmbito da tipicidade omissiva.

Em suma, a exigibilidade é um critério subjetivo, indispensável já no exame da conduta para delimitar quais omissões podem ser penalmente relevantes, evitando-se, assim, atribuições de responsabilidade penal objetiva em afronta ao princípio da culpabilidade (RODRIGUES, 2023).

É possível afirmar, portanto, que a expansão da responsabilidade penal por omissão imprópria, especialmente no contexto empresarial, exige freios dogmáticos

claros para não resvalar em uma responsabilização “por cargo” ou “por posição”. A análise desenvolvida mostrou que não basta apontar o vínculo formal do agente com a empresa ou com o programa de integridade para erigir, automaticamente, uma posição de garante. Tal expediente, como se viu, aproxima-se perigosamente de uma responsabilidade penal objetiva, frontalmente incompatível com a lógica do Estado Democrático de Direito.

Partindo da estrutura do art. 13, § 2º, do Código Penal, tem-se que é imprescindível identificar, de forma rigorosa, o fundamento normativo do dever de agir, especialmente por ingerência, e, sobretudo, integrá-lo a um juízo concreto sobre o que, nas circunstâncias do caso, era efetivamente exigível do agente. O dever de agir, nesta perspectiva, não é uma categoria puramente abstrata, mas um ponto de encontro entre a normatividade e a realidade organizacional em que o sujeito está inserido.

Por essa razão, a exigibilidade assumiu papel central. Em vez de ser tratada apenas como elemento da culpabilidade, examinável ao final da análise, defende-se a antecipação do juízo de exigibilidade para o âmbito da tipicidade omissiva. Isso significa que a própria configuração da conduta omissiva penalmente relevante depende de se verificar, desde o início, se era juridicamente exigível e realisticamente possível uma atuação diversa. Esse deslocamento impede que a cláusula de equiparação seja usada como atalho para imputações baseadas unicamente na posição ocupada pelo agente na empresa, funcionando como verdadeiro filtro contra formas veladas de responsabilidade objetiva.

Nesse cenário, a categoria de ingerência, tal como reelaborada pela doutrina contemporânea, especialmente por Pierpaolo Bottini, revela-se um instrumento importante de contenção e racionalização. A ingerência, tal como trabalhada neste capítulo, não se confunde com a mera inserção do indivíduo na estrutura corporativa, mas exige um comportamento precedente de criação ou agravamento de risco não permitido, imputável ao próprio agente. Somente onde se possa identificar, de modo concreto, esse passo anterior de produção de risco é que se legítima a atribuição de um dever especial de proteção ou controle apto a fundamentar a omissão imprópria (BOTTINI, 2018).

A partir desses pressupostos, é possível delimitar de maneira mais precisa a responsabilidade penal do *Compliance Officer*. Rejeita-se a ideia de que o simples exercício dessa função baste para alçá-lo à condição de garante universal dos riscos

corporativos. Ao contrário, o capítulo procurou demonstrar que a ingerência penalmente relevante do *Compliance Officer* só se configura em hipóteses bem determinadas: quando ele próprio desenha ou modifica o programa de integridade de maneira a criar riscos não permitidos, ou quando deixa de cumprir deveres concretos de informação, monitoramento e reação que, à luz das circunstâncias do caso, eram juridicamente exigíveis, materialmente exequíveis e dotados de aptidão real para influenciar o curso dos acontecimentos (BOTTINI, 2020). Assim,

[...] é necessário que haja uma norma violada pela conduta precedente que oriente a esfera e a extensão do dever de agir. Admitir que um risco permitido - ainda que especial - seja fonte do dever de salvamento significa esvaziar completamente esse critério, ampliando em demasia o espaço de imputação (BOTTINI, 2020, p. 156)

Em síntese, a posição de garante não pode ser presumida com base na mera titularidade de um cargo ou função, mas deve ser demonstrada a partir de critérios normativos e fático-organizacionais concretos. Desse modo, a ingerência, enquanto fundamento da omissão imprópria, exige um comportamento precedente de criação ou intensificação de risco não permitido, imputável ao próprio agente. Com isso, a exigibilidade de conduta diversa atua, desde o plano da tipicidade, como limite à imputação omissiva objetiva, impedindo que a responsabilidade penal se converta em instrumento de responsabilização simbólica ou de transferência indevida de culpa.

Essas conclusões permitem reposicionar criticamente o lugar do *Compliance Officer* e de outros agentes internos na dogmática da omissão imprópria, afastando a tentação de transformá-los em garantidores universais de todos os resultados lesivos que ocorram no âmbito da empresa. Ao mesmo tempo, oferecem parâmetros mais precisos para a atuação dos órgãos de persecução penal e do Poder Judiciário, na medida em que indicam que a imputação por omissão imprópria deve seguir a trilha concreta do poder de decisão, da capacidade de controle e da criação de risco não permitido, e não a da simples visibilidade formal do cargo.

6. CONCLUSÃO

A presente dissertação partiu do diagnóstico de que o Direito Penal contemporâneo, inserido na lógica da sociedade do risco, vive uma tensão permanente entre, de um lado, a expansão de sua esfera de atuação e, de outro, a necessidade de preservar os fundamentos garantistas que legitimam o exercício do *jus puniendi*. Nesse cenário, a responsabilidade penal por omissão imprópria, especialmente em contextos empresariais, converteu-se em via privilegiada de imputação de resultados a sujeitos que não praticaram diretamente a conduta típica, mas que ocupam posições relevantes em estruturas organizacionais complexas, entre eles, os *Compliance Officers*.

O fio condutor da pesquisa foi justamente a indagação se a antecipação do juízo de exigibilidade para o plano da tipicidade omissiva imprópria seria dogmaticamente possível e, sobretudo, se poderia funcionar como mecanismo de contenção da expansão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*. A hipótese formulada foi a de que sim: a exigibilidade, compreendida à luz da proposta de Heinrich Henkel como princípio regulativo transversal, pode estruturar não apenas a culpabilidade, mas também a própria delimitação da conduta típica omissiva, servindo de filtro contra formas veladas de responsabilidade penal objetiva.

Assim, ao reconstruir o contexto da sociedade do risco e o movimento de expansão do Direito Penal, evidenciou-se que o deslocamento do foco da criminalidade clássica para riscos difusos e bens supraindividuais, como a ordem econômica e a regulação de mercados, impulsionou a criação de novos tipos penais, antecipou a tutela para fases prévias à lesão e intensificou o protagonismo do Direito Penal Empresarial. Nesse ambiente, a empresa é vista como foco de produção de perigos, e a omissão imprópria passa a ser utilizada como instrumento para alcançar gestores e agentes internos que, embora não executem materialmente o delito, administram fontes de risco relevantes.

Na sequência, examinou-se a exigibilidade a partir da teoria de Henkel, que a concebe como princípio regulativo aplicável a todas as “zonas de fronteira” do Direito, nas quais a norma geral não basta para definir, abstratamente, o conteúdo dos deveres. Mostrou-se que, nessa perspectiva, a exigibilidade não é um conceito meramente psicológico ou restrito à exculpação, mas um método de concretização

da norma jurídica, destinado a fechar o conteúdo do dever no caso concreto, à luz de todas as circunstâncias relevantes. A partir daí, relacionaram-se as propostas de Henkel com a doutrina penal contemporânea, em especial Robles Planas, que defende a possibilidade de deslocar parte do juízo de “devia e podia agir” para a tipicidade nos delitos omissivos impróprios, tornando a exigibilidade pressuposto da própria imputação do resultado, e não apenas da reprovação pessoal.

Na sequência, a discussão voltou-se diretamente à omissão imprópria no Código Penal brasileiro, analisando a estrutura da conduta, a diferença entre omissão própria e imprópria e a função do art. 13, § 2º, do CP. Demonstrou-se que a cláusula de equiparação entre ação e omissão, dada a sua redação aberta, só se torna compatível com o princípio da legalidade se for interpretada em chave restritiva, exigindo: (a) identificação precisa da posição de garante, com base nas hipóteses taxativas de lei, assunção ou ingerência; (b) demonstração da capacidade concreta de o agente impedir o resultado; e (c) juízo articulado de exigibilidade, sem o qual a imputação do resultado ao omitente perde sustentação.

A leitura conjunta da bibliografia utilizada reforça que a causalidade omissiva imprópria não pode ser compreendida apenas como relação hipotética, mas como resultado de um juízo de desvalor estruturado pela exigibilidade: só é relevante, penalmente, aquilo que o agente podia e devia fazer, à luz de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

No último capítulo a discussão foi deslocada para o terreno do Direito Penal Empresarial e do *criminal compliance*, com foco na ingerência atribuída ao *Compliance Officer*. Partindo da reconstrução de Bottini sobre a omissão imprópria por ingerência, mostrou-se que a posição de garante fundada na alínea “c” do art. 13, § 2º, do CP pressupõe conduta precedente de criação de risco não permitido, em violação a padrões normativos de cuidado. A mera atuação em ambiente de risco permitido, típica da atividade empresarial, não basta para legitimar a responsabilização por ingerência.

Aplicada ao *Compliance Officer*, essa moldura implica que a sua função não o transforma, automaticamente, em criador de riscos proibidos. A ingerência penalmente relevante só se configura quando o próprio *Compliance Officer* estrutura ou altera o programa de integridade de modo a introduzir vulnerabilidades relevantes, ou quando descumpre deveres concretos de informação e vigilância que eram realizáveis e relevantes para evitar a concretização do risco.

Ainda nesse capítulo, a análise da delegação da posição de garante aos *Compliance Officers* evidenciou que, em regra, se trata de uma delegação parcial, limitada a deveres de monitoramento e informação, e não de transferência integral dos poderes executivos de evitação do delito, que permanecem nas mãos da alta direção. Daí decorre que, mesmo quando se reconhece a existência de uma posição de garante derivada, o âmbito da responsabilidade omissiva desse profissional é necessariamente restrito ao núcleo de deveres que efetivamente assumiu e não a todos os resultados lesivos ocorridos na empresa.

A partir desse percurso, é possível, agora, responder de forma mais precisa ao problema formulado: é possível antecipar o juízo de exigibilidade para o plano da tipicidade omissiva imprópria e utilizar essa antecipação como limite à expansão da responsabilidade penal dos *Compliance Officers*?

Os resultados permitem afirmar que sim, sob duas condições centrais:

- a) Dogmaticamente, a antecipação do juízo de exigibilidade é compatível com a teoria do delito e com a leitura regulativa de Henkel, desde que entendida não como “duplicação” da análise de culpabilidade, mas como uso metodológico da exigibilidade para delimitar, já na tipicidade, o conteúdo do dever de agir. Nos crimes omissivos impróprios, a imputação do resultado depende, por definição, de se afirmar que o agente podia e devia impedir o evento lesivo. Logo, não há como construir a tipicidade sem integrar o juízo de exigibilidade.
- b) Político-criminalmente, essa antecipação funciona como freio à expansão da responsabilidade “por posição”. Ao exigir, desde o exame da tipicidade, que se demonstre a atribuição da ingerência, qual o comportamento precedente de criação ou incremento de risco não permitido e qual a atuação concreta que era realisticamente exigível do *Compliance Officer*, dadas suas atribuições, seus poderes e os recursos disponíveis, impede-se que a mera ocupação do cargo seja tratada como suficiente para legitimar a imputação do resultado. Tudo o que extrapolar esse núcleo de exigibilidade não ingressa sequer no âmbito da tipicidade omissiva.

Essas conclusões dialogam com os dados empíricos sobre a crescente utilização da omissão imprópria pelos tribunais superiores em casos empresariais, com significativo aumento de acórdãos e forte concentração em delitos econômicos e com a crítica de Alexis Couto de Brito à tendência de responder à “crise” do Direito Penal ampliando tipos e espaços de punição. Em vez de legitimar uma nova camada

de expansão simbólica por meio da posição de garante, o modelo aqui proposto insiste em que a imputação por omissão imprópria aos *Compliance Officers* deve permanecer estritamente ligada ao art. 13, § 2º, c do Código Penal, lido à luz da exigibilidade.

Em termos sintéticos, a dissertação permite enunciar que a exigibilidade constitui elemento estruturante dos crimes omissivos impróprios: sem poder fático e dever jurídico concretos, não há imputação típica do resultado ao omitente. A antecipação do juízo de exigibilidade para a tipicidade não esvazia a culpabilidade, mas evita que a cláusula de equiparação entre ação e omissão seja aplicada de forma abstrata e expansiva, dissociada da realidade do caso concreto.

Ainda, a posição de garante não se presume com base em organogramas, contratos sociais ou rótulos funcionais. Exige demonstração de fundamento normativo específico, qual seja a ingerência, e deve ser concretizada à luz da exigibilidade, considerando as possibilidades jurídicas e fático-organizacionais de atuação do agente. Esse critério afasta a responsabilização “por cargo” do *Compliance Officer* e combate a objetivação da responsabilidade penal em estruturas empresariais complexas.

Reconhecem-se, por fim, as limitações do estudo. A pesquisa concentrou-se na reconstrução dogmática e em incursões pontuais em dados empíricos, não tendo por objetivo realizar investigação empírica aprofundada da prática de *compliance* nas empresas. Futuras pesquisas poderão examinar de modo sistemático a jurisprudência nacional sobre omissão imprópria envolvendo *Compliance Officers* e dirigentes, bem como mapear, em campo, a efetiva esfera de poder desses profissionais nas organizações brasileiras.

Sendo assim, a sociedade do risco não pode ser tomada como fundamento automático para a expansão do Direito Penal. Ao contrário, ela revela um paradoxo estrutural: se, por um lado, intensifica as demandas por proteção diante da ampliação dos riscos, por outro, impõe o reforço dos limites ao poder punitivo, justamente para evitar que a resposta penal se converta em instrumento de gestão simbólica do medo e da insegurança. Nesse sentido, o contexto de risco não legitima a ampliação indiscriminada da responsabilidade penal, mas exige maior rigor na definição dos critérios de imputação.

É nesse cenário que a exigibilidade assume papel central como critério normativo-objetivo de delimitação do dever de agir. Longe de constituir um juízo

meramente psicológico ou subjetivo, ela opera como parâmetro estruturante da tipicidade nos delitos omissivos impróprios, permitindo definir, com base em elementos concretos, o que efetivamente podia e devia ser exigido do agente. Ao ser antecipada para o plano da tipicidade, a exigibilidade não compromete a teoria tripartida do delito, pois não suprime a culpabilidade, mas apenas redistribui metodologicamente a definição do conteúdo do dever de agir, preservando à culpabilidade o juízo de reprovação pessoal. Tampouco há prejuízo à segurança jurídica, uma vez que os critérios dogmáticos da tipicidade e da culpabilidade permanecem intactos, assegurando a estabilidade e a previsibilidade da imputação penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

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

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no Direito Penal. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, n. 68, p. 59–89, jun. 2014.

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

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

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. *Católica Law Review*, v. 1, n. 3, p. 43-70, 1 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, Distrito Federal, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2025.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

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

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

CARDOSO, Débora Motta. Criminal Compliance na Perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Liber Ars, 2015.

CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Nexo causal. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, 1989.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; CAMARGO ARANHA, Rodrigo. Responsabilidade penal dos dirigentes: desafios do Direito Penal e equilíbrio no combate à corrupção. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; CERESER, Lucas Ferreira. Responsabilidade penal do Compliance Officer: um olhar à luz dos pressupostos jurídico-penais da omissão imprópria. *Delictae*, v. 7, n. 13, p. 42-71, jul./dez. 2022.

GIMBERNAT, Enrique Ordeig. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

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

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

HENKEL, Heinrich. Exigibilidad e Inexigibilidad como principio jurídico regulativo. Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

HINKELAMMERT, Franz J. El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido. 2. ed. San José (Costa Rica): Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 2006.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 64, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2001.

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

LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 236p.

MAYRINK, Renata Pereira. Responsabilidade penal do Compliance Officer: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PEREIRA, Henrique Viana. Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Expert, 2020.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula; RODARTE BUENO, Ana Luíza; DAMASCENO, Gabriella Martins; XAVIER, Rodrigo Leonardo Vítor; CORREIA, Rebeca. Responsabilidade pela posição e omissão imprópria – Aumento alarmante de casos de omissão imprópria nas Cortes Superiores alerta para a responsabilidade penal de dirigentes empresariais. Migalhas, 11 jun. 2024.

Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/408952/responsabilidade-pela-posicao-e-omissao-impropria>. Acesso em: 20 out. 2025.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico. D'Plácido: Belo Horizonte, 2021.

RODRIGUES, Leonardo Monteiro. *A exigibilidade como limite ao processo de imputação da omissão imprópria: aplicação no Direito Penal econômico*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. Disponível em:

https://bib.pucminas.br/teses/Direito_LeonardoMonteiroRodrigues_30414_Textocompleto.pdf. Acesso em: 15 de out. 2025.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El delito de omisión. Buenos Aires: Editorial B de f, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 79-105.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Juarez. Teoria dos Crimes Omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johan. Derecho penal: parte geral. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1975.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Derecho Penal: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CROXATTO, Guido Leonardo. *El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión*. Pensar en Derecho, n. 7, 2015. Disponível em:

<https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/el-espionaje-masivo-como-un-nuevo-crimen-de-agresion.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2025.