

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**“QUEM VIGIA OS VIGILANTES?”**

**Uma crítica à responsabilização penal do Compliance Officer por omissão imprópria**

Ilana Liz Souza Bonfim

Rio de Janeiro – RJ

2021

Ilana Liz Souza Bonfim

**“QUEM VIGIA OS VIGILANTES?”**

**Uma crítica à responsabilização penal do Compliance Officer por omissão imprópria**

Monografia de conclusão de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio José Teixeira Martins.

Rio de Janeiro – RJ

2021

CIP - Catalogação na Publicação

Bonfim, Ilana Liz Souza  
BS729? “QUEM VIGIA OS VIGILANTES?” Uma crítica à  
responsabilização penal do Compliance Officer por omissão  
imprópria / Ilana Liz Souza Bonfim. -- Rio de Janeiro, 2021.  
75 f.

Orientadora: Antonio José Teixeira Martins. Trabalho de  
conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito Penal Econômico. 2. Criminal Compliance. 3.  
Omissão Imprópria. 4. Responsabilidade Penal. 5. Compliance  
Officer. I. Martins, Antonio José Teixeira, orient. II. Título.

Ilana Liz Souza Bonfim

**“QUEM VIGIA OS VIGILANTES?”**

**Uma crítica à responsabilização penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria**

Monografia de conclusão de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins.

Data da Aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Camilla de Magalhães Gomes

---

Prof. Dr. Tiago Joffily

Rio de Janeiro – RJ

2021

*Dedico aos meus pais, José Marcos e Maria Lucia, por todo o amor compartilhado, a todas as mulheres flóreas e fortes da minha família, e às minhas queridas avós que nunca conheci, mas sei que me protegem desde o momento do meu nascimento.*

## AGRADECIMENTOS

A palavra “agradecer”, etimologicamente, contém a raiz “*gratus*”, de origem latina, que significa ser acolhido ou acolher. Gratidão, por sua vez, deriva de “*gratia*”, que em latim quer dizer graça. E são com essas duas palavras, graça e acolhimento, que inicio meus agradecimentos.

Primordialmente, agradeço a Deus por ter-me concedido a graça da vida e a graça de nascer e crescer na melhor e mais incrível família, onde o afeto e a empatia são passados de geração em geração, e o acolhimento é traço genético, corre nas veias, por todos confessado.

Esse fechamento de ciclo não seria possível sem a mulher mais incrível da minha vida, de onde emana toda a força, determinação e coragem que uma pessoa pode ter. Minha rainha, minha deusa, minha mãe Maria Lucia. Sem seu apoio, como trilharia os caminhos que trilhei?

A presente monografia teve o imprescindível suporte, não apenas emocional, como manual, do meu pai, amigo e herói José Marcos, que por vezes fez a digitação das palavras por mim ditas, em razão de um importuno acidente que imobilizou a minha mão direita durante o processo de escrita. Eu sei o que é amor por causa dos seus gestos, da sua preocupação e do cuidado, e parte do que sou deve-se ao que você é.

Muitas outras pessoas foram importantes nessa trajetória e são dignas de menção, e sou imensuravelmente grata a todas, tanto familiares quanto amigos. Entretanto, é crucial mencionar o suporte do meu irmão Marcus Vinícius, do meu primo Guilherme Rodrigues, do meu namorado Marcos Felipe e da minha querida amiga Alice Martins.

Por último, e não menos importante, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Antonio Martins, pelo acolhimento, paciência, atenção e gentileza durante a construção deste trabalho.

E são com esses sentimentos, de gratidão e acolhimento, que encerro mais um ciclo de grande importância no meu caminhar, para que outros possam se iniciar.

## RESUMO

O presente trabalho tem por desígnio principal a investigação acerca da responsabilidade do *compliance officer* por omissão imprópria nas organizações. Nesse caminhar, são avaliadas as hipóteses do *compliance officer*, na qualificação de encarregado de vigilância, ser considerado um agente garantidor dentro da estrutura empresarial, o que, conseqüentemente, o compeliaria a assumir o dever jurídico de agir para evitar o resultado típico. A acepção do referido tema não seria possível sem a exposição e aprofundamento de conceitos fundamentais que orbitam ao redor da responsabilização penal do *compliance officer* por crime omissivo impróprio. Afinal, como entender “quem vigia os vigilantes” corporativos, sem abordar o direito penal econômico, o *criminal compliance* e os crimes omissivos? Nesse sentido, entende-se o histórico do direito penal na esfera econômica, a nível nacional e mundial para, ato contínuo, destrinchar os posicionamentos doutrinários sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e seu respectivo direito comparado. A compreensão sobre as sociedades de riscos que, apoiadas num direito penal expansionista, deram à luz aos sistemas de gestão de *compliance* no âmbito das organizações, igualmente faz-se presente no decorrer do trabalho. Por sua vez, tais sistemas são estruturados com a finalidade de identificar delitos ocorridos no interior dos entes coletivos, prevenindo a ocorrência destes, elaborando códigos de ética e conduta e atuando de forma cooperativa com o estado para fins fiscalizatórios e regulatórios. São analisadas, desta forma, as hipóteses em que há uma falha no programa de *criminal compliance*, decorrente de uma omissão imprópria do encarregado de vigilância, que pode ou não ter assumido uma posição de garante na estrutura corporativa da organização.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; Criminal Compliance; Omissão Imprópria; Responsabilidade Penal; Compliance Officer.

## **ABSTRACT**

The present dissertation has as its main purpose the investigation of the compliance officer responsibility for improper omission in organizations. In this way, the hypotheses of the compliance officer, in the qualification of the person in charge of surveillance, will be evaluated as a guarantor agent within the business structure, which, consequently, would compel him to assume the legal duty to act to avoid the typical result. The meaning of the aforementioned theme would not be possible without the exposure and deepening of fundamental concepts that orbit around the criminal responsibility of the compliance officer for improper omissive crime. After all, how to understand "who watches the corporate watchmen", without addressing economic criminal law, criminal compliance and omissive crimes? In this sense, it is understood the history of criminal law in the economic sphere, at national and worldwide level, to, continuously, untangle the doctrinal positions on the criminal responsibility of the legal person and its respective comparative law. The understanding of risk societies that, supported by an expansionary criminal law, gave birth to compliance management systems within organizations, is also present during the work. In turn, such systems are structured with the purpose of identifying crimes occurring within the collective entities, preventing their occurrence, developing codes of ethics and conduct and acting cooperatively with the state for inspection and regulatory purposes. In this way, the hypotheses in which there is a failure in the criminal compliance program, resulting from an improper omission by the person in charge of surveillance, may or may not have assumed a position of guarantor in the organization's corporate structure.

**Keywords:** Economic Criminal Law; Criminal Compliance; Improper Omission; Criminal Responsibility; Compliance Officer.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. DIREITO PENAL NA ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>13</b>
1.1. Breve histórico.....	13
1.1.1. Direito penal econômico no contexto brasileiro.....	18
1.2. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	20
1.3. Direito comparado.....	22
<b>2. CRIMINAL COMPLIANCE.....</b>	<b>25</b>
2.1. O direito penal de riscos.....	25
2.2. Conceito de compliance.....	25
2.3. A estrutura de um programa de criminal compliance nas organizações.....	27
2.4. A função do compliance officer.....	32
<b>3. CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....</b>	<b>35</b>
3.1. A ação e a omissão.....	36
3.2. A omissão própria e imprópria.....	41
3.3. Os agentes garantidores.....	42
3.3.1. O garantidor originário ou de proteção.....	43
3.3.2. O garantidor de vigilância.....	45
3.3.3. O garantidor por assunção.....	46
3.3.4. O garantidor por ingerência.....	46
<b>4. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER POR OMISSÃO IMPRÓPRIA.....</b>	<b>48</b>
4.1. O compliance officer e a posição de garante nas organizações.....	48
4.2. Hipóteses de responsabilização penal por omissão imprópria do compliance officer.....	54
4.3. A cegueira deliberada na responsabilidade penal do compliance officer.....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo precípua apresentar as considerações legais e doutrinárias, assim como suas respectivas críticas, que permeiam as hipóteses de responsabilização penal da figura do *Compliance Officer*, por atos omissivos impróprios, em razão da suposta assunção do papel de garante perante a sociedade empresária onde exerce suas atribuições.

Dito isso, o referido trabalho edifica-se por meio da análise dos seguintes problemas, para compreensão do tema ora abordado, quais sejam: (i) a aceção de se o *Compliance Officer* atua como garantidor do cumprimento das normas legais em face da pessoa jurídica a qual representa; (ii) a concepção de se a atuação do *Compliance Officer* é ou não criadora do risco do resultado e, por último (iii) a legalidade da responsabilização criminal pessoal deste por omissões impróprias ou atos realizados por terceiros no contexto empresarial.

Para tanto, insta salientar que o caminho a ser trilhado nessa discussão é relativamente recente, tortuoso e intrincado, sendo fundamental, a priori, percorrer a silhueta de diversos conceitos-chave atrelados ao tema, assim como contextualizar a evolução histórica do assunto, desde sua – possível – gênese até a contemporaneidade.

Nesta seara, é necessário, sem embargos, ratificar como principais marcos, a passagem de bastão do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, nos períodos pós-guerras e pós- crise de 1929, e mais recentemente, a crise de 2008, que decantou na desestruturação das camadas sociais, políticas e econômicas, deixando marcas difíceis de apagar na memória global. Tal corporificação de um Estado cada vez menos interventor e “social”, em razão do progressivo aumento da complexidade social, os níveis de desenvolvimento tecnológico, somados ao processo de globalização<sup>1</sup>, tornou-o, por si só, incapaz de regular de forma adequada as organizações empresariais.

Essa vulnerabilidade estatal, em razão da incapacidade do exercício das suas funções de vigilância, supervisão e controle das atividades corporativas das empresas, suscitou a

---

<sup>1</sup> SPINOLA, Luiza Moura Costa: “Criminal Compliance e a responsabilidade dos colaboradores da empresa”. 2017, p. 187.

necessidade imediata de implementação de novos modelos de gestão nos processos corporativos, baseados no controle dos riscos empresariais.<sup>2</sup>

Para além dessas consequências, a globalização também proporcionou a evolução de um Direito Penal Tradicional, de aplicação subsidiária, protetor dos bens jurídicos individuais, e que tem no crime de dano a forma normal de comportamento delitivo, para um Direito Penal Econômico, que tem como características principais a proteção a bens jurídicos supraindividuais, a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, criando inúmeros tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, assim como ratificando a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas<sup>3</sup>.

Cabe inferir que esse Direito Penal Econômico possui em seu cerne a regulamentação dos tipos penais contra a ordem econômica, e é decorrente da pressão dos sistemas internacionais que clamavam pela uniformização dos tratamentos relativos à proteção desses novos bens jurídicos tutelados.

No Brasil, essa pressão internacional culminou na edição da Lei 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), alinhada com a pressão interna popular, resultante das manifestações populares anticorrupção (assim como *anti tantas outras coisas*) de 2013. Conforme a referida lei, as pessoas jurídicas responderão pelos atos lesivos previstos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Observada a possibilidade de responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas, concomitante à ineficácia do Estado em cumprir seu papel fiscalizador e regulador perante instituições privadas, emerge desse cenário o programa de *Criminal Compliance* que, por sua vez, nada mais é do que sistema de prevenção e mitigação dos denominados “crimes do colarinho branco” ou “crimes de alta sociedade”, empregado no combate à corrupção, fraudes, sonegação de impostos e evasão de tributos, por exemplo. Ainda, o referido sistema elabora códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes de cumprimento interno, assim como estabelece a gestão de riscos penais e treinamentos internos no contexto de uma organização empresarial.

---

<sup>2</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 15.

<sup>3</sup> [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13479/13479\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13479/13479_4.PDF). Acesso em 05/11/2020 às 14:17h.

Convém destacar que o *Criminal Compliance* é uma subárea do *Compliance* em si, uma espécie do gênero “Programa de Integridade”, que tem por foco a prevenção de ilícitos penais.

O *Compliance Officer*, em tal cenário, é o responsável pela implementação, gestão e revisão de um programa de *Criminal Compliance*. O empresário, garante originário, delega a este parte de seu dever de vigilância e fiscalização da atividade empresarial, de forma a atuar em seu nome em prol da identificação de delitos cometidos internamente na organização empresarial.

Nessa esfera, o *Compliance Chief Officer* (“CCO”) é alvo de grandes debates a respeito da sua responsabilidade, uma vez que não é unívoco o entendimento no sentido de se a delegação de poderes dos administradores aos CCOs transforma-os consequentemente em garantidores, posição essa conferida ao administrador por lei.

Ainda, a referida discussão traz em seu escopo uma possível falha do agente do programa de cumprimento em comunicar aos órgãos competentes a existência de condutas delitivas, que enseja risco à ordem econômica, pode ou não causar sua responsabilização penal perante tais órgãos, por crime de omissão imprópria.

O Código Penal Brasileiro determina que os crimes de omissão penalmente relevantes são aqueles em que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado e não o fez, ferindo com o seu dever de agir. O omitente, nas hipóteses previstas no Código Penal, pode ser analisado sob a perspectiva de agente garantidor por assunção ou agente garantidor por ingerência.

Nesse sentido, é essencial consignar que a atividade do CCO se subsume, como já salientado, em implementar controles internos tendentes a prevenir e evitar o cometimento de atos ilícitos, e essa função está rotineiramente vinculada às políticas de governança corporativa, alinhadas a preceitos éticos e de boas práticas empresariais. Dessa forma, a ideia de responsabilização penal para figuras como o *Compliance Officer*, desde que não detentores do poder diretivo corporativo, nesse contexto, pode lesionar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

É preciso, a priori, se atentar ao fato de que a principal função do *Compliance Officer* é a da prevenção, inovando na lógica da persecução penal, que estava habituada a cuidar das condutas comissivas ou omissivas depois do direito tutelado ter sido violado, ou seja, com a configuração do dano e, talvez, esteja aí a grande importância do *Criminal Compliance* de atuar de forma antecedente, mitigando riscos e evitando ilícitos lesivos à ordem econômica, conforme os preceitos do Direito Penal Econômico e sua proteção aos bens jurídicos.

Por seu turno, essa estrutura incute na empresa uma intrincada cadeia de responsabilidades que desaguam não somente no CCO. Os administradores e membros da alta administração também terão suas responsabilidades apuradas, pois a eles também há a incumbência do dever de vigilância<sup>4</sup>. Insta pontuar ainda que, apesar do CCO possuir a obrigação, seja por contrato ou por lei, de proceder com as investigações internas e auditar os canais de denúncia, cabe aos administradores o dever de agir, após o reporte realizado pelo CCO.

Esse trâmite conduz à compreensão do presente tema, uma vez que essa fragmentação pode gerar a responsabilização penal por omissão imprópria tanto do CCO quanto dos administradores, nas hipóteses elencadas mais à frente. Contudo, para compreender a essência dessa cadeia de responsabilidades, torna-se imprescindível identificar no *job description* ou no contrato de trabalho do CCO suas atribuições de forma clara, uma vez que tais funções não são previstas de forma definida e/ou taxativa na legislação.

Diante de todo o exposto, percebe-se o quão necessário e pertinente o tema se faz hodiernamente, cabendo aos operadores e aplicadores do direito, não somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas também no âmbito global, e aos demais órgãos de controle e fiscalização empresarial, uma análise justa e precisa do papel do *Compliance Officer* nas organizações, sob pena de desestimular a procura e ocupação dessa função, cuja demanda no mercado empresarial tem crescido de forma exponencial, em face da necessidade de combate ao fenômeno global da corrupção no cenário corporativo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> <https://www.liraatlaw.com/conteudo/compliance-officer-e-a-responsabilidade-penal>. Acesso em 05/11/2020 às 22:30h.

## 1. DIREITO PENAL NA ORDEM ECONÔMICA

### 1.1. Breve histórico

Falar de Direito Penal Econômico é necessariamente falar do processo de globalização. Ela é o cenário de uma criminalidade econômica protagonizada por novos atores da política num novo espaço: grandes empresários em empresas internacionais à escala mundial. A sua atividade desenvolve-se num cenário ideológico em que impera o neoliberalismo – não é por acaso que a globalização recebe o ápodo de neoliberal –, que, num recorte descritivo, tem levado a várias perversidades<sup>6</sup>. Assim, surgem novas formas de delinquência, como a empresarial, também chamada de *corporate crimes* ou crimes de empresa, tais como: financeiros, tributários, fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e meio ambiente, considerados bens jurídicos supraindividuais, difusos e coletivos, que priorizam a criação de tipos de perigo abstrato, flexibilizando e relativizando as garantias constitucionais penais.<sup>7</sup>

Nesse contexto – e na esteira do lecionado por José de Faria Costa<sup>8</sup> -, tem-se que, nas sociedades do mundo atual, o desenvolvimento técnico e tecnológico, ligado à uma prevalência de uma *ratio calculatrix*, levou a que se passasse a agir, quase que de uma forma exasperada, através da personagem empresa. Segundo o autor, em termos de linguagem comunicacionalmente relevante, a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de produzir consequências não somente jurídico-penais como igualmente criminológicas.

A delinquência empresarial abrange, portanto, uma variedade significativa de comportamento desviantes. Citem-se, como exemplo, ações fraudulentas ou temerárias, infrações falimentares, corrupção no setor público ou privado, nacional ou estrangeiro, formação de cartel, lavagem ou branqueamento de capitais, manipulação de mercados, uso de

---

<sup>5</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 15.

<sup>6</sup> Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa Anabela Miranda Rodrigues

<sup>7</sup> FRAGOSO, op. cit. p. 9.

<sup>8</sup> SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena a cultura do compliance. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. vol. 10, nº 02, 2017, p. 1032.

informação privilegiada, violações dos direitos do trabalhador, do público consumidor, do fornecedor, açambarcamento de mercadorias, concorrência desleal, dentre outros<sup>9</sup>.

Com as crises sociais que estes comportamentos delitivos geram, tais como a desconfiança no mercado de capitais e deslegitimação dos órgãos regulatórios, nas palavras de Japiassú, “passou-se a considerar que a corrupção, além de ter efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social, impede o estabelecimento da livre-concorrência e gera violações aos próprios direitos humanos”.<sup>10</sup>

Com efeito, na atualidade, o fator de crise é a expansão do Direito penal no contexto da denominada “sociedade do risco”. As vias deste fenômeno expansivo já são bem conhecidas: consagração de “novos âmbitos” de proteção através da figura dos bens jurídicos coletivos; aumento de tipos penais em branco e de conceitos jurídicos indeterminados na redação típica; antecipação da barreira de punibilidade mediante a crescente utilização de delitos de perigo abstrato; ampliação do uso de tipos omissivos e de tipos culposos; esfumaçamento das diferenças entre ação e omissão, dolo e culpa consciente, autoria e participação, preparação e tentativa; aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, etc.<sup>11</sup>

Vê-se, dessa forma, que a globalização além de romper com as barreiras geográficas, científicas, tecnológicas e sociais, permitindo novas facilidades mas também produzindo novos riscos, incutiu um irreversível impacto nos ordenamentos jurídicos transnacionais, sobretudo na delineação e estruturação de um Direito Penal Econômico, adotado e instrumentalizado em países de regime tanto socialista quanto capitalista.

Por sua vez, para o autor Fábio Balcare, a conceituação do Direito Penal Econômico é feita mediante três vieses: a) o sentido genérico: é o setor do Direito Penal destinado à proteção da ordem econômica; b) o sentido amplo: é o conjunto de regras jurídicas dotadas de consequências jurídico-penais cuja finalidade é a proteção do processo de distribuição e consumo de bens; e c) o sentido estrito: é a legislação penal econômica, o conjunto de regras

---

<sup>9</sup> IDEM.

<sup>10</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n° 64, 2007, p. 30.

<sup>11</sup> MOURA, Bruno. A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação. Revista CCPG – CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão. Goiás. Ano XII, n° 21, 2009, p. 150.

jurídicas dotadas de sanção penal cujo objetivo é a proteção da atividade interventora do Estado e da Economia através do controle e da regulação.<sup>12</sup>

Consequentemente, por meio do Direito Penal Econômico foi possível observar de forma mais analítica e crítica a complicação das relações sociais e a criação das supracitadas sociedades de riscos. Tal sociedade de risco é fator determinante para o fenômeno da inflação dos tipos penais de risco, os quais atingem bens jurídicos transindividuais, como já mencionado, cuja proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras. Com isso, o direito penal vem sendo modernizado e preparado para esta nova realidade, não apenas quanto à eleição do bem jurídico protegido, mas também quanto à pena imposta.<sup>13</sup>

Ante essa realidade sobre a ascendência do Direito Penal Econômico, convém trazer à tona que a maior parte dos autores acredita que o Direito Penal Econômico foi sendo desenvolvido concomitantemente à ocorrência das mudanças sociais decorrentes do período pós-guerras mundiais e crise de 1929, assim como a crise de 2008, ou “crise do *subprime*”, eclodida nos Estados Unidos. Assim, após todos esses traumas compartilhados a nível mundial, observou-se o retorno da intervenção do Estado no âmbito econômico, demonstrando a necessidade de uma rígida e efetiva normatização para regulamentar e criar mecanismos eficientes de regulação, fiscalização e controle das atividades e operações econômicas, a fim de salvaguardar os bens jurídicos da ordem econômica, da livre concorrência e defesa do consumidor, que estavam sendo desenfreadamente lesionados por um capitalismo incauto e inconsequente.

Tendo em vista o contexto de guerra ocorrido na Europa, bem como o “crash” da bolsa de valores de Nova York em 1929, foi por meio da referida intervenção estatal que iniciou-se uma readequação e realocação dos recursos econômicos e industriais, já que tais cenários foram palco para o surgimento de um direito que buscasse tutelar as atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado. Com a redução das exportações para a Europa, essa que já se encontrava se reerguendo economicamente neste período, as indústrias norte-americanas tiveram que aumentar o seu estoque e os seus investimentos em ações na bolsa de valores de Nova York, que foram desvalorizando-se, causando desespero nos investidores destas ações.

---

<sup>12</sup> <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/origem-caracteristicas-e-matizes-do-direito-penal-economico-sob-a-otica-de-fabian-balcarce/>. Acesso em 12/05/2021 às 10:44h.

<sup>13</sup> <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/508>. Acesso em 15/05/2021 às 18:56h.



O efeito dessa crise afetou a população estadunidense como um todo, o desespero para a venda das ações o mais rápido possível e a súbita desvalorização das mesmas, ocasionou em um cenário de drásticas mudanças sociais e econômicas da sociedade e crescente onda de desemprego, afetando não apenas aquela nação, mas a população mundial, uma vez que os EUA já era a grande potência mundial da época. Outra razão para a intervenção estatal na economia, tem por objetivo sanar uma preocupação criminológica, visando o controle de medidas que lesionassem o bem jurídico do patrimônio particular e do patrimônio público<sup>14</sup>.

E foi diante de tal cenário Edwin Hardin Sutherland desenvolveu e publicou estudos explicativos da delinquência, seguindo e aprimorando a trilha aberta por Gabriel Tarde para tanto, desenvolveu a teoria da associação diferencial. Para o autor, o comportamento criminoso, como qualquer outro, seria consequência de um processo que se desenvolve num âmbito de um grupo social, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, a causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a aprendizagem. Cuidar-se-ia, segundo Sutherland, não de um “formal processo pedagógico”, mas do resultado do contato com atitudes, valores, pautas de condutas e com definições favoráveis a obediência ou não da lei<sup>15</sup>.

Desta forma, o desdobramento da teoria da associação diferencial, deu origem a conhecida teoria do criminoso do colarinho branco:

“Essas violações da lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social elevado no curso de sua ocupação profissional. Consequentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que esses casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se

---

<sup>14</sup> MOURA, Raíssa Lima. A responsabilidade penal do compliance officer. Tese de monografia para bacharelado em Direito. Salvador, 2016, p. 16.

<sup>15</sup> SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena a cultura do compliance. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. vol. 10, nº 02, 2017, p. 1036.

também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e status social elevado.”<sup>16</sup>

Pode-se dizer que a referida teoria foi um divisor de águas que marcou a passagem de um direito penal tradicional para um direito penal expansionista-garantista, de forma que nos momentos seguintes, novas compreensões foram agregadas ao conceito original de Sutherland, enriquecendo tal conteúdo. Caracterizou-se, desse modo, uma nova categoria e classe de criminosos, diferente daquela tratada no direito penal tradicional, concernentes a pessoas que estariam no seio da sociedade, não marginalizadas, delineando e registrando peculiaridades que destoam dos criminosos comuns.

Por sua vez, conforme apregoa Cláudia Cruz Santos, três aspectos caracterizadores das reflexões em torno do delinquente do colarinho branco podem ser destacados, quais sejam: 1) o *white-collar crime* é verdadeiramente crime; 2) é uma espécie de infração tratada com especial brandura; e 3) este desigual sancionamento é injusto, tornando-se necessário um endurecimento instâncias formais de controle.<sup>17</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio anos mais tarde, Luciano Santos Lopes, ao discorrer sobre o cometimento de delitos evidenciar diversas ordens, de forma a segurar que tais delitos são passíveis de serem praticados tanto por meio ou no interesse de empresas e organizações, quanto por condutas direcionadas por seus administradores e/ou representantes legais:

“(…) verifica-se a existência de delitos de variadas ordens: determinados pela natureza do estatuto social da empresa (falimentares e societários); determinados pela natureza da empresa, podendo ser delitos contra outros sujeitos econômicos (propriedade industrial, concorrência desleal, consumidor, relações trabalhos, livre concorrência, ambientais) ou contra instituições (financeiras, tributárias, administração pública, por vezes).<sup>18</sup>

Nesse diapasão, conclui-se que o Direito Penal Econômico buscou expender as condutas que possuíam como objetivo precípua de desestabilizar a ordem econômica, crimes estes que terminam desnaturando e desconfigurando a organização da sociedade, os objetivos

---

<sup>16</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime (the uncut version)*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 7.

<sup>17</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. “O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle”, publicado na obra “Temas de Direito Penal Econômico”, organizado por Roberto Podval, RT, São Paulo, 2000, p. 57

<sup>18</sup> LOPES, Luciano Santos. Conceito de direito penal econômico e sua pretensa autonomia. Disponível em <http://www.iamg.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=279>. Acesso em: 17/05/2021 às 23:37h.

estatais, e a credibilidade no estado democrático de direito, uma vez que a segurança jurídica e a ordem social quedam-se maculadas.

### 1.1.1. Direito penal econômico no contexto brasileiro

Em termos de legislação penal econômica no contexto brasileiro, destaca-se a promulgação do Decreto-Lei nº 869 em 1938, versando sobre crimes contra economia popular, como manipulação dos mercados e eliminação da concorrência, onde vê-se o primeiro impulso estatal com o fim de criminalizar uma conduta atentatória ao bem jurídico da economia<sup>19</sup>, que obteve amparo constitucional, tendo sido regulamentada pelo art. 141 da Constituição Federal de 1937<sup>20</sup>.

Ato contínuo, as teorias da associação diferencial e do criminoso do colarinho branco de Sutherland, influenciaram diretamente os autores Manoel Pedro Pimentel e Gerson Pereira dos Santos, já em 1981, lançam suas obras “Direito Penal Econômico”, germinando tais discussões acerca do tema, em um contexto em que a criminalidade no âmbito financeiro e sua regulamentação estavam sendo bastante discutidos mundialmente. O Brasil, por sua vez, acompanhando as demais sociedades mundiais, adotou em sua constituição de 1988, normas reguladoras da ordem econômica e financeira dirigidas a regulamentação dessa atividade. E finalmente, em 1994, elaborou o esboço do projeto de nova parte especial do código penal, que já trazia um título voltado para esta matéria relativa aos “crimes contra a ordem econômica”, no sentido estrito de uma vertente repressiva para crimes que violassem a atividade interventora e reguladora do estado na economia.<sup>21</sup>

Apesar do direito penal econômico ter como pressuposto basilar a preocupação em regulamentar os crimes concernentes à economia do governo e um possível atentado a ela, no

---

<sup>19</sup> <https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/149654897/a-economia-como-bem-juridico-penalmente-protetido-o-contexto-historico-do-direito-penal-economico#:~:text=Em%20termos%20de%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal,ao%20bem%20jur%C3%AAdico%20da%20economia>. Acesso em 16/05/2021 às 12:49h.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1937. Art. 141: “A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”. Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613437/artigo-141-da-constituicao-federal-de-10-de-novembrode-1937>. Acesso em: 17/05/2021 às 12h.

<sup>21</sup> MOURA, Raíssa Lima. A responsabilidade penal do compliance officer. Tese de monografia para bacharelado em Direito. Salvador, 2016, p. 20.

Brasil, entretanto, não se vislumbra uma legislação específica e condensada que circunscreve esses crimes e tutele seus respectivos bens jurídicos. Nesse caminho, o país adotou o critério do esboço do anteprojeto de 1994 da parte especial do código penal, cingindo diplomas legais esparsos para regulamentar o direito penal interno, entre eles:

Código Penal; Lei nº 1079/1950 (Crime de Responsabilidade); Lei nº 1521/1951 (Lei de Economia Popular); Lei nº 4595/1964 (Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias); Lei n. 4.729/1965 (Sonegação Fiscal); Decretos-Lei n. 16/1966 e n. 47/1966 (Produção, Comércio e Transporte Ilegal de Açúcar e Alcool); Decreto-Lei n. 201/1967 (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores); Lei n. 5.741/1971 (Esbulho Possessório no Sistema Financeiro de Habitação); Lei n. 6.385/1976 (Mercado de Capitais); Lei n. 6.453/1977 (Energia Nuclear); Lei n. 6.766/1976 (Parcelamento do Solo Urbano); Lei n. 6.895/1980 (Direitos Autorais); Lei n. 7.492/1986 (Sistema Financeiro Nacional); Lei n. 7.646/1987 e 9.609/1998 (Propriedade Intelectual sobre Programas de Computador); Lei n. 8.078/1990 (Consumidor); Lei n. 8.137/1990 (Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo); Lei n. 8.176/1991 (Ordem Econômica e Combustíveis); Lei n. 8.245/1991 (Locações de Imóveis Urbanos); Lei n. 8.666/1993 (Licitações); Lei n. 9.029/1995 (Práticas Discriminatórias no Trabalho); Lei n. 9.279/1996 (Propriedade Industrial); Lei n. 9.605/1998 (Meio Ambiente); Lei n. 9.609/1998 (Propriedade Intelectual de Programa de Computador); Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); Lei n. 10.303/2001 (Sociedades Anônimas); Lei Complementar n. 105/2001 (Sigilo das Operações Financeiras); Lei n. 11.101/2005 (Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência) e Lei n. 11.105/2005 (Organismos Geneticamente Modificados e Biossegurança).<sup>22</sup>

Atualmente, as legislações de maior destaque e relevância no direito penal econômico no Brasil são a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.883/12, que alterou a Lei nº 9.613/98) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que abordam sobre os supracitados crimes e suas respectivas sanções. Esse impulso legislativo culminou numa, talvez já esperada, reação em cadeia, fazendo com que diversos setores da sociedade se voltassem ao tema, tratando-o com a seriedade necessária, buscando, ainda, pôr em prática medidas que ratificassem o combate à corrupção e ao suborno. Outrossim, empresas brasileiras passaram a prestar mais atenção na reputação e idoneidade de seus parceiros comerciais, assim como a alterar a forma de contratação com fornecedores e terceirizados, alertas estes que, provavelmente, foram acesos no decorrer da famosa porém já extinta Operação Lava Jato, responsável por desaparecer diversos esquemas de corrupção, apesar das denúncias de arbitrariedades e perseguições políticas, e que demonstrou o envolvimento de aproximadamente 50 empresas de diversos

---

<sup>22</sup> PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas do direito brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, políticos criminais e dogmáticas. 1ª ed. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1, p. 151.

ramos e estruturas, tais como estatais, refinarias, construtoras, empresas de comunicação, de consultoria, empresas de fachada, entre outras.<sup>23</sup>

Pontua-se que, apesar do atual notório engajamento a nível institucional e social no enfrentamento da corrupção, este por sua vez é um fenômeno que, assim como o estado democrático de direito, só pode cumprir sua função social, faticamente, com o fim da ditadura militar no Brasil, em 1985. Antes disso, a censura impedia que denúncias contra integrantes do regime viessem a público, e como a sociedade civil estava impedida de se organizar democraticamente, não existiam instrumentos de controle nem órgãos de fiscalização efetiva sobre as ações do governo<sup>24</sup>.

Retornando a tempos mais recentes, a atenção que as empresas brasileiras passaram a direcionar para a temática da corrupção pode ser utilizada para reduzir os riscos de lides judiciais e minimizar as chances de contratação com empresas que possuem má reputação ou não seguem as normas legislativas, sendo algumas delas impedidas de serem contratadas por órgãos e instituições públicas.

## **1.2. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**

Na esfera jurídica, o conceito de responsabilidade pode ser compreendido como a gênese de uma obrigação de reparação, em razão da produção de um dano causado a um terceiro, por conduta de caráter omissivo ou comissivo. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

“Para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.<sup>25</sup>

Cabe acrescentar também a lição de Stoco para assimilação da definição de responsabilidade:

---

<sup>23</sup> [https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista\\_de\\_empresas\\_envolvidas\\_na\\_Opera%C3%A7%C3%A3o\\_Lava\\_Jato](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_empresas_envolvidas_na_Opera%C3%A7%C3%A3o_Lava_Jato).

Acesso em 14/05/2021 às 10:40h.

<sup>24</sup> <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/a-corrupcao-durante-o-regime-militar/>.

Acesso em 14/05/2021 às 10:45h.

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2003. 3 v, p. 3.

“Como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser de muitas naturezas, embora ontologicamente o conceito seja o mesmo”.<sup>26</sup>

Compreendida a acepção da responsabilidade como verbete jurídico, faz-se necessário salientar que no ordenamento jurídico brasileiro, a referida responsabilidade pode ostentar natureza cível, administrativa ou penal.

Importante consignar que a legislação brasileira optou pelo direito administrativo sancionador na responsabilização das pessoas jurídicas por práticas de atos lesivos (corrupção) contra a administração pública, diferentemente dos países da *common law*, que adotam, em seus respectivos códigos penais, via de regra, a responsabilidade das pessoas coletivas. No Brasil a responsabilização penal das pessoas jurídicas é aplicada apenas nos crimes ambientais<sup>27</sup>, conforme extrai-se do art. 3º da Lei 9.605/98 (Lei de crimes ambientais):

*“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”*

Para alguns doutrinadores essa discussão – acerca da possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica – é necessária uma vez que vivemos em uma sociedade de risco, com grande complexidade organizacional onde um direito penal eficiente e devidamente instrumentalizado tende a melhor combater os riscos, sejam eles concretos ou abstratos, oriundos dessa nova configuração social.

Autores como Rogério Greco defendem que seria um retrocesso para o direito penal imputar a responsabilidade penal às organizações, pois haveria um grande problema em verificar a culpabilidade de um ente coletivo, ao se referir às leis dos crimes ambientais:

*“Com a devida vênia das posições em contrário, entendemos que responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é um verdadeiro retrocesso em nosso Direito Penal. A teoria do crime que temos hoje, depois de tantos avanços terá de ser completamente revista para que possa ter aplicação a Lei n.º 9.605/98. Isso porque, conforme frisou o Min. Cernicchiaro, já encontraremos dificuldades logo no estudo do fato típico. A Pessoa Jurídica, como sabemos, não possui vontade própria. Quem atua por ela são seus representantes. Ela, como ente jurídico, sem auxílio das pessoas físicas que a dirigem, nada faz. Não se pode falar, portanto, em conduta de*

---

<sup>26</sup> STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. ver. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

<sup>27</sup> FRAGOSO, op. cit. p. 27.

pessoa jurídica, pois que, na lição de Pierangeli, 'a vontade de ação ou vontade de conduta é um fenômeno psíquico que inexiste na pessoa jurídica.'<sup>28</sup>

Em direção diametralmente oposta, Klaus Tiedemann mostra-se como um dos defensores de maior relevância na defesa pela existência de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nessa linha de raciocínio, apregoa que as organizações possuem plena capacidade positiva para celebração de contratos, assim como encerramento destes, e que da mesma forma que é possível e verídica essa capacidade, ela também seria capaz de violá-los, realizando condutas antijurídicas.

“A imputação penal da pessoa jurídica teria como base a Teoria de Gierke, segundo o qual as pessoas jurídicas são realidades sociológicas que o direito declara existentes. Possui vontade própria que pode, inclusive, não coincidir com a vontade dos seus representantes, razão que o leva a responder por seus atos, sendo o real sujeito do delito”.<sup>29</sup>

Apesar da contenda doutrinária sobre o referido tema, a Lei 12.846/13 (Lei anticorrupção) estabelece a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública nacional ou estrangeira, permitindo a possibilidade de redução na multa aplicada, para aquelas empresas que possuem um programa de integridade conforme estabelecido pelo Decreto 8.402/15. Essa nova legislação trouxe ao ordenamento jurídico novos institutos, como por exemplo: o processo administrativo de responsabilização administrativa (PAR) e aplicação de sanções: multas e a divulgação da decisão condenatória da prática dos atos lesivos; o acordo de leniência e os programas de integridades (*compliance*) como redutor de multas aplicadas<sup>30</sup>.

Nota-se, destarte, que a Lei Anticorrupção provocou uma significativa alteração paradigmática no comportamento das empresas quando trouxe a responsabilização civil e administrativa pela prática de delitos contra a administração pública, demonstrando que a preocupação com a ordem econômica ganha cada vez mais enfoque e suas repressões se intensificam, afunilando a prática desses crimes.<sup>31</sup>

### 1.3. Direito Comparado

---

<sup>28</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 11ª ed, 2009, p. 179.

<sup>29</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. Tradução livre. In: GONZÁLEZ, José Luis Cussac (coord.). La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Madrid: Universitat Jaume I, 1997, p. 36

<sup>30</sup> IDEM.

Perante os entes coletivos, a responsabilidade penal corporificou-se a priori nos países da *common law*, ganhando mais força a partir do século XX, entretanto, atualmente recepciona adeptos do *civil law*. A maioria dos países da Europa continental refuta frontalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>32</sup> Em caminho diverso, convém pontuar que existe um posicionamento, atualmente crescente na Alemanha, com um caráter intermediário acerca do tema, onde as sanções são impostas pela via do chamado Direito Penal Administrativo.<sup>33</sup>

O autor Salomão Shecaira aduz que nos países filiados ao sistema romano-germânico há uma preponderância do princípio do *societas delinquere non potest*, que traz em seu significado a ideia de que aos entes coletivos só é cabível a incidência da responsabilização civil e administrativa, não sendo possível a sua responsabilização penal em nenhuma hipótese<sup>34</sup>.

Na codificação penal portuguesa, por sua vez, não há expressa previsão discriminando a responsabilidade penal da pessoa jurídica, entretanto, ao trazer a hipótese de responsabilidade penal e individual, o ordenamento jurídico português abre uma brecha para tal tratamento, por meio da expressão “salvo disposição ao contrário”.

Por conseguinte, o referido entendimento prevalece a fim de compreender que a responsabilidade penal da pessoa jurídica somente será cabível no cenário em que o dirigente que a praticou, em nome do ente coletivo, não o fez por interesse próprio e sim por interesse da corporação. Tampouco será admissível a responsabilização penal na ocorrência de ordem emanada pelo detentor do poder diretivo hierarquicamente superior ao indivíduo que cometeu a prática ilícita, levando em consideração que, como a infração decorreu de uma ordem expressa, que a ânimo voluntivo não foi de fato da pessoa jurídica ou daquele que, por questão de obediência às normas que lhe foram impostas, agiu contrariamente à lei, devendo a

---

<sup>31</sup> MOURA, Raíssa Lima. A responsabilidade penal do compliance officer. Tese de monografia para bacharelado em Direito. Salvador, 2016, p. 22.

<sup>32</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de acordo com a Lei 9.605/98. Revista dos Tribunais. Ed. RT: 1998, p. 42.

<sup>33</sup> MOURA, Raíssa Lima. A responsabilidade penal do compliance officer. Tese de monografia para bacharelado em Direito. Salvador, 2016, p. 23.

<sup>34</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. União Europeia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.160, 2006, p. 2-3.



responsabilidade penal ser imposta individualmente ao seu superior, de onde o comando delituoso foi engendrado<sup>35</sup>.

Saindo do contexto ibérico, é importante ressaltar que na Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, a averiguação acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas só foi abordada pelos seus respectivos tribunais nas hipóteses de negligência e omissão<sup>36</sup>. Na prática, entretanto a punibilidade se restringe às violações a economia, ao meio ambiente, a saúde pública e a segurança e a higiene do trabalho.<sup>37</sup>

No cenário legislativo canadense, por sua vez, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é devidamente legislada, mas esta é estabelecida por fato de outrem ou por fato do agente, sendo que em ambas as hipóteses, o cometimento do crime deve ocorrer com vontade criminosa (como o instituto do dolo, assumindo o risco) e com uma suficiente posição hierárquica dentro da empresa.

A lei contra delinquência econômica, na década de 50 do século passado, admitia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na Holanda, assim como o próprio código penal alterado em 1966, que previu que as pessoas físicas e jurídicas poderiam ser responsabilizadas diante de condutas ilícitas, entendendo que pessoas físicas só serão punidas se estiverem devidamente vinculadas ao fato delituoso e à própria empresa<sup>38</sup>.

No Chile, que também adota a responsabilidade penal das pessoas jurídicas reguladas através da Lei 20393/09, estabelece um modelo de prevenção de delitos (programa de *criminal compliance*) para as organizações, exigindo a designação de um encarregado de prevenção (função de *compliance ou compliance officer*), designado pela alta direção da organização para um mandato de três anos, prorrogável por mais três anos; devendo contar com autonomia; ser dotado de recursos suficientes e proporcionais ao tamanho da

---

<sup>35</sup> AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Revista da EMERJ, v.3, n.10, 2000, p. 28.

<sup>36</sup> RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 759, 1988, p. 414.

<sup>37</sup> RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira apud ARAÚJO, Jr. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 759, 1988, p. 415.

<sup>38</sup> RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 759, 1988, p. 415.

organização; ter acesso direto a alta direção; que seja responsável pela implementação, implementação, supervisão e monitoramento de um programa de prevenção de delitos.<sup>39</sup>

## 2. CRIMINAL COMPLIANCE

### 2.1. O Direito Penal de riscos

A incapacidade de uma atuação onipresente do Estado social no âmbito das corporações, aliada a ausência de recursos para a implementação das atividades de fiscalização, vigilância e controle nas atividades corporativas desenvolvidas pelas organizações, gera reflexos também no direito penal clássico, suscitando uma verdadeira cultura legislativa de hiperinflação dos tipos penais de perigo abstrato, transformando-o num direito penal de risco. Esse fenômeno prioriza os tipos penais de desobediência (violação de um dever jurídico), desprezando os tipos penais de resultado, flexibilizando as conquistas de um direito penal garantista<sup>40</sup>.

A doutrina por sua vez alerta sobre a hipertrofia legislativa do direito penal que o leva a sua popularização e a sua vulgarização, afetando a sua própria força jurídica. Ainda, observa que o direito penal como *ultima et extrema ratio* deve ser visto pela sociedade como um direito de força não musculada, não devendo ser utilizada como instrumento de intimidação na proteção de bens jurídicos.

É imprescindível, neste contexto de alta especialização e profissionalização de setores das atividades corporativas, somados a alta complexidade das estruturas empresariais e dos inúmeros riscos não identificáveis bem como a crise do Estado social, enfraquecido pelos altos custos do processo de heterorregulação, surge a necessidade de mudança na sua estratégia de regulação.

### 2.2. Conceito de Compliance

---

<sup>39</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 56-57.

<sup>40</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 9.

Essa nova postura do Estado de transferir a fiscalização e a supervisão das atividades empresariais para o próprio empresário, com a manutenção do Estado regulador, demonstra a contraposição às políticas neoliberais e da desregulação, como uma resposta a uma ocorrência dos escândalos financeiros que o Estado não conseguiu evitar.

Ao optar pela adoção dessa nova estratégia de regulação estatal sobre as atividades empresariais, o Estado reconhece a fragilização do modelo do direito penal clássico, fazendo surgir um novo modelo de gestão empresarial, a autorregulação regulada. Nesta, destacam-se os programas corporativos de *compliance* (*corporate compliance*), em especial ou criminal *compliance*, que na Europa é denominado de programa de cumprimento, uma associação entre o Estado e a iniciativa privada, na busca da retomada do controle sobre a atividade econômica com a disseminação da ética e da conformidade. Apesar de levar a ausência do estado, mantem-se sua participação eficaz com controle social mais qualificado.<sup>41</sup>

Para o autor Juan Antonio Lacuraín Sánchez, programas de *compliance* constituem-se como:

“uma série de estratégias normativas, aplicativas e institucionais dirigidas a evitar que, no exercício da atividade social, se cometam delitos a favor de uma empresa. É um programa de controle social. É um programa de devido controle. Seu objetivo é, com efeito, o delito, mas abrange também, toda irregularidade grave, não somente porque é muito difusa a fronteira do delitivo, sobretudo na infração socioeconômico, como, igualmente, porque as medidas de detecção e controle são, por sua própria natureza, incidentes sobre toda conduta que sobrepassa o permitido<sup>42</sup>.”

Por seu turno, segundo Adan Nieto Martín, a autorregulação regulada ganhou impulso com a globalização econômica e seus riscos. A pedra angular que repouse essa nova estratégia de lidar com a delinquência empresarial repousa na “necessidade de que as empresas colaborem com o Estado com o fim de assegurar a eficácia do direito. Se as grandes empresas multinacionais e as sociedades com ações cotadas em bolsas não se converterem em uma espécie de agentes do Estado, comprometendo-se seriamente com a prevenção e sanção dos comportamentos desviados que possam vir a realizar seus empregados e dirigentes, grande

---

<sup>41</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico: uma política criminal na era de compliance. p. 13-14.

<sup>42</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In el derecho penal económico en la era compliance. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.

parte das normas de condutas cuja eficácia se procura assegurar mediante o direito penal econômico serão papeis sem valor”.<sup>43</sup>

Ainda, prossegue o autor afirmando que “esta aliança entre os agentes do capitalismo e o Estado é parte do ideário da *corporate governance*, como resulta patente dos índices dos códigos de condutas ou códigos éticos que até pouco tempo tem sido a principal base normativa do governo corporativo. Em todos eles, mas com distinta intensidade, se reconhecem como características a prevenção e a sanção, por parte da empresa, de um bom número de comportamento delitivo (corrupção, exploração de trabalhadores, não discriminação, meio ambiente etc.).<sup>44</sup>

### 2.3. A estrutura de um programa de *Criminal Compliance*

Na atualidade, despontam novos aportes, provindo da experiência criminológica norte-americana, no sentido de enfrentar a delinquência empresarial por intermédio de estratégia de imposição às corporações, em maior ou menor intensidade, de modelo de auto controle e auto fiscalização no escopo de coibir e reprimir – em uma sorte de “privatização” de funções originalmente estatais – a ocorrência de infrações, inclusive de natureza criminal. Modelos de autorregulação reguladas, do qual os programas ou, melhor dizendo, a cultura do *compliance*, estão no “epicentro”.<sup>45</sup>

Assim, esse novo modelo de gestão corporativa implementado nas organizações, tem a sua sustentabilidade nos pilares das boa governança, como: conformidade, transparência, responsabilidade, prestação de contas e equidades, justificando e possibilitando a implementação de um novo modelo preventivo penal, que são os denominados programas de *Criminal Compliance*, que se constituem mecanismos idôneos e eficazes de controle e mitigação da ocorrência de ilícitos penais e empresariais, permitindo uma maior efetividade da regulação penal estatal.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del ‘corporate government’. In Revista de Derecho e Proceso penal. N. 11, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 445-446).

<sup>44</sup> IDEM.

<sup>45</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In el derecho penal económico en la era compliance. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.

<sup>46</sup> FRAGOSO, Alexandre. Criminal Compliance: uma nova estratégia de regulação. p. 220.

O *compliance* nesse novo modelo de gestão empresarial (autorregulação regulada), torna-se o pilar garantidor, sendo considerado um dos elementos fundamentais no capitalismo regulatório. Assim, passam as organizações a exercerem um controle preventivo da prática de ilícitos penais, na fase *ante delictum*, enquanto o Estado penal atua apenas na fase *post delictum*, quando da aplicação do *jus puniendi*, formando-se uma verdadeira parceria entre o Estado e as organizações, que pode ser claramente observado nos processos de investigações internas deflagrados e conduzidos pela organização inclusive com a colheita de provas, tanto na autoria como na materialidade dos delitos, numa tendência clara de privatização do processo penal empresarial.<sup>47</sup>

Após a compreensão dos principais conceitos sobre o presente tema, convém pontuar que as organizações estruturadas em *compliance*, que buscam a mitigação de riscos juridicamente relevantes nos seus processos corporativos, adotam os seguintes princípios basilares de um programa de *compliance* ou *criminal compliance*.

a) Processo de identificação, análise e avaliação de riscos;

O processo de identificação, análise e avaliação de riscos (*risk assessment*) deve ser elaborado com base nos seguintes fatores: tamanho, estrutura e delegação de funções dentro da organização; localização e setores de operação da organização; a relação com os stakeholders (públicos e privados); as obrigações e os deveres legais.<sup>48</sup> Nesse processo de avaliação de riscos deverão ser abordados os riscos legais com base na legislação aplicada às atividades da organização. Na área de *criminal compliance*, deverão ser considerados os riscos de ocorrência de ilícitos penais nos processos corporativos, como por exemplo: licitações (fraude); tributário (sonegação e evasão de tributos); financeiro (pagamentos de vantagens indevidas e lavagem de dinheiro); contratos (corrupção).<sup>49</sup>

b) Políticas, procedimentos e controles internos;

Após a identificação dos riscos penalmente relevantes nos processos corporativos da organização, deverá ser implementado um programa de *compliance*, contendo as medidas necessárias a serem adotadas, quais sejam, as ações necessárias para a abordagem aos riscos identificados (obrigações de *compliance*), tais como: políticas,

---

<sup>47</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico: uma política criminal na era de compliance. p. 46.

<sup>48</sup> ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de gestão antissuborno – requisitos com orientações para uso. p. 17.

procedimentos e controles internos como respostas aos riscos, visando a sua mitigação até os níveis juridicamente aceitáveis. Convém consignar que a estrutura organizacional das empresas é ocupada por diversos diretores, gestores e funcionários que agem por delegação da alta direção, e há divisão de tarefas, devendo esses colaboradores possuir competência para assegurar a disseminação e a integração da cultura de *compliance* para todos os níveis da organização, sendo importante a delimitação das competências para apuração da responsabilidade penal dentro da estrutura da organização.<sup>50</sup>

c) Liderança e comprometimento da alta direção com *compliance*;

O grau de adesão da cultura de *compliance* nas organizações, exige o comprometimento ativo e participativo da alta direção que poderá ser evidenciado através das seguintes ações: publicação dos valores da organização ligados à ética e à integridade; gestão voltada para a implementação e cumprimento de valores; comprometimento e liderança na cultura de *compliance*; implementação de programas de treinamento de forma contínua, ressaltando o *compliance* e os valores da organização; implementação de sistemas de comunicação efetivo e contínuo sobre questões de *compliance*; implementação de sistema de avaliação de desempenho, considerando o pagamento pelo desempenho por obtenção de resultados da performance do sistema de *compliance*; aplicação de sanções disciplinares no caso de violação das obrigações de *compliance*; integração dos objetivos do *compliance* à estratégia da organização, devendo ser avaliado o grau de implementação desses requisitos; a credibilidades dos stakeholders, em especial os empregados, em relação a implementação e compreensão dos colaboradores em relação as obrigações de *compliance* integrada às suas atividades; a valorização do papel da função de *compliance* e de seus objetivos; habilitação e incentivo aos colaboradores a levantarem preocupações de *compliance* aos gestores.<sup>51</sup>

d) Supervisão e sanções;

Além da participação ativa da alta direção na avaliação do grau de adesão da cultura de *compliance*, para que haja efetividade da sua integração na estrutura de governança corporativa de uma organização, é necessário a implementação de um sistema de supervisão concentrado em um órgão denominado de função de *compliance*,

---

<sup>49</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 42.

<sup>50</sup> IDEM.

que em linha gerais, seriam responsáveis pela gestão do programa de *compliance*, incluindo as atividades de desenvolvimento, implementação e integração e supervisão, bem como pelo assessoramento da alta direção em assuntos ligados ao *compliance*, mantendo a relação da organização com os órgãos reguladores.<sup>52</sup>

e) A função de *compliance* (*compliance officer*);

Nesse contexto de implementação de programas de *compliance*, num verdadeiro processo de evolução de novas estratégias, estruturas organizacionais e tecnologias, a função de *compliance officer* ganha importância decisiva no sucesso do programa de *compliance*, como mecanismo de prevenção, detecção e resposta a práticas indevidas que possam implicar descumprimento de normas e padrões de ética e conduta, permitindo a blindagem da imagem reputacional das organizações, sendo necessário uma verdadeira integração e sinergia do *compliance*, atuando de forma interdisciplinar e interagindo com as demais áreas de controle da organização como por exemplo: controle internos, gestão de riscos e auditoria interna, que são partes da governança corporativa, bem como as outras áreas: jurídico, financeiro-contábil, operação, produção, negócios, qualidade, etc.<sup>53</sup>

f) Avaliação do desempenho;

Deverão ser implementados pela organização procedimentos para monitoramento, medição, análise e avaliação, com o estabelecimento de índices de desempenho, a realização de análise crítica e auditoria interna. O monitoramento do sistema de *compliance* poderá incluir a avaliação da eficácia do treinamento dos colaboradores; eficácia dos controles implementados; a atualizações das obrigações de *compliance*; a eficácia das ações corretivas das não conformidades detectadas; o não cumprimento das obrigações de *compliance*; os objetivos não alcançados e o status da cultura de *compliance*.<sup>54</sup>

g) Melhoria contínua;

---

<sup>51</sup> ISO 19600 – Sistema de gestão de compliance: diretrizes. p. 8-9.

<sup>52</sup> FRAGOSO, op. cit. p. 45.

<sup>53</sup> FEBRABAN – Guia: manual de boas práticas de compliance 2018. p. 25.

<sup>54</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 47.

A melhoria contínua como um dos pilares principais de um programa de *compliance* se faz necessária quando ocorre uma não conformidade ou violação de uma obrigação de *compliance* (não cumprimento), devendo a organização ter uma reação ativa em relação a esse evento, como por exemplo: implementar medidas necessárias para correção e controle; gerenciar as consequências; avaliar a necessidade de implementação de ações corretivas para eliminar as causas das não conformidades afim de evitar recorrência; implementar as ações necessárias; analisar criticamente as ações corretivas implementadas; realizar mudanças no programa de *compliance*, caso sejam necessárias, e devendo sempre procurar a melhoria contínua do programa de *compliance*, inclusive utilizando as informações coletadas, avaliadas e analisadas, para identificar as oportunidades de melhoria do desempenho do *compliance* na organização.<sup>55</sup>

Ademais, não tem como discorrer sobre sistema de gestão de *compliance* sem mencionar a importância das normas ISO 19600 e ISO 37001. Também conhecida como norma anticorrupção ou antissuborno, a ISO 37001 é uma norma internacional que fornece os requisitos e a devida orientação para estabelecer, implantar, manter e aperfeiçoar um sistema de gestão anticorrupção. Pode ser aplicada em qualquer organização, e diante de tantos escândalos ligados às empresas estourando no cenário político brasileiro, ela funciona como um diferencial. Seu objetivo principal é apoiar o combate aos atos ilícitos por meio de uma cultura de integridade, transparência e conformidade com as leis e regulamentações aplicáveis.

Institui, ainda, o combate ao suborno praticado tanto contra uma organização e seus funcionários, como em favor destes. Também é aplicada para combater os subornos praticados e recebidos por terceiros, ligados direta ou indiretamente à organização. Por seu turno, também conhecida como ISO *Compliance*, a ISO 19600 contém diretrizes sobre sistemas de gestão do *compliance*. Esta norma fornece orientações abrangentes, com exemplos úteis e fáceis de se seguir, para as empresas que desejam implementar um ou comparar sua estrutura já existente com o padrão internacional oficialmente estabelecido. Seus benefícios incluem padronização de documentos e processos, maior qualidade de produtos e serviços, fortalecimento da imagem da empresa, redução de custos entre outros.

---

<sup>55</sup> ISO 19600 – Sistema de gestão de compliance: diretrizes. p. 31.



Como o cumprimento do *compliance* envolve o combate a atos ilícitos dentro de um ambiente empresarial, podemos dizer que a ISO 37001 complementa a ISO 19600. No entanto, uma característica essencial que distingue a ISO 19600 e a ISO 37001, é que esta última foi elaborada como uma especificação com requisitos mínimos para obter uma certificação acreditada.

Já a norma de *compliance* foi elaborada como um guia de diretrizes sem finalidade de certificação acreditada. A ISO 37001 é mais assertiva e a ISO 19600 é mais voltada a sugestões e diretrizes. A ISO 37001 foi pensada para facilitar a auditoria; a ISO 19600 foi elaborada para facilitar a implementação do sistema de gestão.<sup>56</sup>

#### **2.4. A função do *Compliance Officer***

A função de *compliance* pode ser desempenhada internamente, tanto por um órgão unipessoal (*compliance officer*), como por um órgão colegiado denominado comitê de *compliance*, nesse caso, deverá ser identificado o responsável máximo pelo órgão colegiado, com denominação diversas como: *Chief Ethics & Compliance Officer*, *Presidente del Comité de Compliance*, *Chief Compliance Officer*, sendo admitida também que ela seja exercida por uma terceira parte externa à organização, desde que haja um gerente da organização com autoridade, supervisionando e fiscalizando as atividades desenvolvidas pela função de *compliance* externa.<sup>57</sup>

Para que seja possível avaliar a responsabilidade penal do *Compliance Officer* nas organizações, faz-se necessário definir seus requisitos e suas responsabilidades na estrutura organizacional das empresas, cabendo à alta direção ou ao conselho de administração, se houver, nomear ou designar uma função de *compliance* (*compliance officer*) que possua autoridade e responsabilidade pela implementação de um programa de *compliance*. Os principais requisitos exigidos para que a função de seja efetiva estão baseados nos seguintes princípios:

- a) Independência;

---

<sup>56</sup> <https://www.verdeghaia.com.br/principios-da-iso-37001-19600-e-31001/>. Acesso em 12/05/2021 às 22:25h

A função de *compliance* deverá ser dotada de máxima independência para que possa agir em busca da consecução dos objetivos do *compliance*, não podendo haver questões comerciais, econômicas ou quaisquer outras que sirvam de obstáculos, bem como receios de represálias por suas ações, sendo que qualquer ameaça a um membro da função de *compliance* deverá ser comunicada à alta direção para as devidas providências.<sup>58</sup>

b) Autonomia;

Deverá, também, ser dotada de autonomia suficiente para desenvolvimento de suas tarefas na gestão do programa de *compliance* sem a necessidade de um mandato específico para tal, mas, deverá ser detalhada no seu contrato de trabalho ou na *job description* as suas responsabilidades e os limites de sua atuação, a fim de evitar conflitos com os demais setores da organização, devendo atuar de forma continuada sem necessidade de autorização da alta direção, sempre com objetividade, imparcialidade e independência. Cabe à alta direção dotar à função de *compliance* de autoridade e legitimidade suficientes, para que possa a qualquer tempo coletar ou ter acesso aos registros e documentos necessários para o desempenho das atividades de *compliance* comportando adequada posição hierárquica na estrutura organizacional, devendo-lhe ser outorgado poderes para agir de forma autônoma em relação a outros setores das organizações.<sup>59</sup>

c) Autoridade;

Deve ser entendida como sua capacidade de fazer valer suas opiniões, posições e recomendações perante qualquer nível hierárquico da organização, devendo ter acesso, interlocução e poder de influência sobre os gestores da empresa, as consequências pelas ações a serem tomadas em relação ao *compliance*, bem como a autoridade para realizar ações de *compliance* que não podem ser comprometidas por conflitos de interesses de outros setores da organização.<sup>60</sup>

d) Recursos suficientes;

---

<sup>57</sup> ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de gestão antissuborno: requisitos com orientações para uso. p. 30.

<sup>58</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 15.

<sup>59</sup> ASCOM – ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE – El libro blanco de Compliance. p. 12.

<sup>60</sup> ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de gestão antissuborno: requisitos com orientações para uso. p. 17

Trata-se da alocação de pessoas em números e perfis adequados, além de recursos financeiros para o desempenho das suas atividades.<sup>61</sup> Além de recursos humanos e financeiros, há também a possibilidade de contratação de aconselhamento externo, bem como toda a obtenção de documentação técnica atual sobre gestão de *compliance* e suas obrigações legais, tecnologia de gestão aplicada ao programa e atualização profissional, de forma que seja assegurado de forma eficaz a sua implantação.<sup>62</sup>

Em suma, diante de todos os requisitos acima expostos, nota-se que estes são essenciais para a personificação de uma figura de *compliance* preparada e qualificada para o exercício de seus atribuições. Com o objetivo precípua de simplificar a compreensão acerca das principais responsabilidades do *Compliance Officer* na gestão de um programa de *compliance*, o autor Alexandre Fragoso<sup>63</sup> elencou abaixo algumas das principais, quais sejam:

- a) Identificação das obrigações de *compliance*;
- b) Integração das obrigações de *compliance* nos processos corporativos, nas políticas e nos procedimentos;
- c) Condução de treinamentos contínuos a todos os empregados;
- d) Implementação das responsabilidades de *compliance* no plano de cargos, funções e competência da organização;
- e) Estabelecimento de relatórios e documentos relativos ao *compliance*;
- f) Implementação de um sistema de comunicação necessário a gestão de informações, como por exemplo: canal de denúncias, fale conosco, ouvidoria, etc;
- g) Estabelecimento de indicadores de desempenho e monitoramento contínuo do sistema de gestão de *compliance*;
- h) Análise de desempenho do sistema de *compliance* e realização de análise crítica com implementação de ações corretivas, caso necessário;
- i) Implementação do processo de avaliação de riscos corporativos (*risk assessment*) de forma contínua e periódica;
- j) Atuação como ponto focal e de aconselhamento a todos colaboradores dos assuntos relativos ao *compliance* dentro da organização, sendo importante para

---

<sup>61</sup> FEBRABAN – Guia: manual de boas práticas de compliance 2018. p. 13.

<sup>62</sup> ISO 19600 – Sistema de gestão de compliance: diretrizes. p. 17.

<sup>63</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 54-55.

o seu efetivo desempenho, a integração aos princípios da boa governança, de que não haja conflitos de interesses ou caso tenha, apresentar a declaração de conflitos de interesses (transparência), bem como demonstrar integridade e comprometimento com o *compliance*, possuir competência para o exercício da função e fluência de comunicação com todos os stakeholders.<sup>64</sup>

Como pode-se inferir, o perfil do *compliance officer* é o de um gestor de riscos que recebe uma delegação da alta direção da organização para implementação e monitoramento de um programa de *compliance*, cujo objetivo é a prevenção e a mitigação de riscos oriundos da legislação (*legal compliance risks*) e da própria atividade corporativa (*corporate compliance risks*) desenvolvida pela organização, os denominados riscos do processo corporativo, estabelecendo deveres de vigilância, através de mecanismos preventivos, tais como: políticas, diretrizes e processos, que podem, dependendo das atividades desenvolvidas pela organização serem considerados como ilícitos penais, atuando como um delegado de vigilância da alta direção na condução de um programa de *compliance*, com o dever de vigilância de detectar as não conformidades no cumprimento das obrigações de *compliance*, previamente estabelecidas através do *risk assessment*, avaliando em relação a não conformidade detectada: a causa, a correção e ação corretiva a fim de evitar a recorrência, devendo o *compliance officer* comunicar a todos os órgãos envolvidos, inclusive terceiros e em especial à alta direção, para que sejam implementadas medidas corretivas, não havendo dúvidas que a função de *compliance officer* é a de elaborar, implementar e fiscalizar ou monitorar o desempenho de um programa de *compliance*, agindo na proteção de bens jurídicos de terceiros (empresários) e no cumprimento das normas internas de conduta e boa governança.<sup>65</sup>

Em virtude da sua posição na condução do programa de *compliance*, a função de *compliance* na estrutura da governança corporativa ganha destaque nas diversas jurisdições, inclusive como requisito obrigatório para reconhecimento da causa excludente de reponsabilidade penal.

### 3. CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

---

<sup>64</sup> FRAGOSO, op. cit, p. 14.

<sup>65</sup> SCANDELARI, Gustavo Britta – As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil. p. 186.

### 3.1. A ação e a omissão

Na concepção de Pierpaolo Bottini, a dogmática penal, assim como a teoria do delito, organizadas de forma mais consciente a partir do século XIX, foram concebidas sob a perspectiva dos crimes comissivos, praticados por meio de ações positivas. Por mais que autores clássicos tratem tangencialmente da omissão, a estrutura da tipicidade foi moldada pela atividade, por um fazer. Na doutrina, destaca-se que o crime é uma ação humana, que causa um resultado, com dolo ou culpa. Há sempre um desconforto, ou no mínimo um estranhamento, quando surgem crimes relacionados a uma omissão, como o clássico exemplo da mãe ou pai que deixa seu filho morrer de fome.<sup>66</sup>

Atualmente, compreende-se que a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos, há de ser traçada não pela análise da modalidade da conduta empreendida, mas pelo exame da estrutura proibitiva ou mandamental da norma penal. A omissão caracteriza-se porque a norma que a enfoca assinala determinado dever de agir ao omitente (a omissão não é um simples não fazer, mas um não fazer o que se ordena), enquanto a comissão existe como tal independentemente de qualquer dever de agir normativamente posto.<sup>67</sup>

Nas lições de Juarez Tavares, é dito que o conceito social de ação foi enunciado, pela primeira vez, por Eberhard Schmidt, em nota ao Tratado de von Liszt. Ainda, conforme o autor, a ação seria um fenômeno social na medida de direção de seus efeitos sobre a realidade social, e que o grande trunfo dessa teoria é situar o conceito de ação fora da esfera estritamente jurídica.<sup>68</sup>

Ainda nas palavras de Tavares, entende-se que, se o conceito de omissão, em seus momentos de construção, decorre do conceito de ação e este só adquire relevância com o conceito do tipo, é por mais consequente que reflita, também, os mesmos elementos de crise que aquele conceito possa gerar: decidir se se trata de um dado do ser, ou de um dado normativo, se está construído a partir de uma estrutura empírica, ou se se basta como uma

---

<sup>66</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em 26/05/2021 às 17:39h.

<sup>67</sup> DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, Brasília, v. 17, nº 6, p. 45.

<sup>68</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 106 – 128.

relação proposicional. A crise dos delitos omissivos, portanto, não pode ser outra senão a crise da própria teoria do delito.<sup>69</sup>

Por seu turno, para Germano Marques da Silva, a omissão consiste na abstenção da conduta juridicamente exigida. É o não agir da forma exigida por lei, quando o agente não realiza o comportamento como um dever jurídico que determina a realização de uma ação positiva, lesando ou colocando em perigo o bem jurídico.<sup>70</sup>

Como é sabido, a conduta criminosa, elemento do fato típico, pode realizar-se por comportamento ativo ou omissivo, conforme a natureza proibitiva ou mandamental da norma penal em foco. Na primeira hipótese, o autor infringe vedação legal, pondo em movimento atividade proibida tendente à lesão de um bem jurídico penalmente tutelado. Na segunda, infringe preceito positivo, ordenatório de determinada conduta necessária à proteção do bem jurídico, abstendo-se dela.<sup>71</sup>

No Brasil, a omissão será penalmente relevante quando houver uma lei que determine a prática de determinada ação em certo contexto e atribua a essa inatividade uma pena. Nesses casos, a omissão, que não consiste em apenas ficar parado, mas também em realizar qualquer outra conduta distinta daquela imposta pela norma, será típica sob um prisma objetivo, desde que possível a prática da conduta exigida pela lei.<sup>72</sup>

O conceito de omissão como um não fazer algo, somente teria sentido quando dotada de uma vontade consciente do agente de se omitir, pois nem toda omissão tem relevância na esfera penal, tornando-se um desafio determinar quais seriam as omissões que teriam, exigindo que esses comportamentos negativos fossem relevantes socialmente ou juridicamente, criando-se a necessidade de normatizar o conceito das omissões que possuiriam densidade valorativa no campo penal, de forma a passar considerar a omissão relevante, quando se espera do agente omitente uma ação positiva.

---

<sup>69</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 35.

<sup>70</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 60.

<sup>71</sup> DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, Brasília, v. 17, nº 6, p. 44.

<sup>72</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em 26/05/2021 às 17:39h.

É a teoria da expectativa que define que somente existe a omissão de algo esperado, ou seja, a omissão somente existiria quando houvesse uma expectativa no mundo dos valores, sendo que a omissão não significa, simplesmente, um não fazer, mas um não fazer algo determinado.<sup>73</sup>

Para outro segmento da doutrina de viés finalista, o conceito ontológico de omissão seria a não realização voluntária de uma ação final por alguém que tenha capacidade para realizá-la independentemente da expectativa de terceiros. Nessa quadra, há a transformação do conceito de omissão, como a não realização de uma ação esperada na teoria negativa da ação, qual seja, a omissão seria a não realização de uma ação individualmente possível, afastando-se dessa forma da teoria da expectativa.<sup>74</sup>

Esse conceito da omissão sem cunho normativo cria inúmeras dificuldades para definição de omissões relevantes de pessoas com capacidade, fazendo retornar o entendimento que a omissão relevante estaria vinculada a uma expectativa de comportamento, sendo uma manifestação da personalidade, exigindo uma forma de aferir sua relevância através de uma valoração através da normatização. Como pode-se afirmar que determinada conduta omissiva seria relevante na esfera penal? Somente através da sua normatização vinculada à expectativa da ação e de um dever de agir. É o caso do crime de omissão de socorro, quando o legislador define que há um dever de agir (prestar assistência), o de realizar uma ação positiva para socorrer a vítima<sup>75</sup>, ou seja, exige-se a realização de uma ação esperada (expectativa). A omissão relevante estaria vinculada a uma expectativa de comportamento, que dependeria de uma valoração, de uma configuração normativa, conectada à expectativa da ação e ao dever jurídico de agir.<sup>76</sup>

Para consolidação da teoria da expectativa, nesse contexto, há de se aferir a capacidade do agente de agir conforme a ação esperada. A omissão relevante seria um não fazer alguma coisa esperada, quando se tem a capacidade de fazê-la de acordo com a expectativa, diversamente distinta da ação, pois não envolve qualquer movimento corporal, causal ou não,

---

<sup>73</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 61.

<sup>74</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 62.

<sup>75</sup> BRASIL. DECRETO LEI nº 2848/40 – Código Penal: “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[...].”

<sup>76</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 62.

e nem finalidade, ou melhor, seria um não fazer desvalorado que é exigido juridicamente, o que demonstra a sua índole normativa.<sup>77</sup>

Consequentemente, pode-se definir a omissão relevante como um não fazer algo esperado, quando há a possibilidade de agir conforme uma expectativa. Nesse cenário, o legislador penal tem autonomia e legitimidade para estabelecer expectativas juridicamente válidas, quando não haja recomendações das estruturas sociais, legitimando a fixação de mandados de atuação (deveres de comportamento ou normas mandamentais), superando a ausência de expectativas sociais e da complexidade nas relações na sociedade.<sup>78</sup>

Em tal panorama normativo, estabelece-se normas mandamentais e normas de proibição como instrumentos legítimos para a proteção precípua de bens jurídicos e para a estabilidade do funcionamento social, cuja diferenciação pode ser observada na caracterização do mandato como norma que exige ações (ação positiva exigida) e a de proibição (ação vedada), como sendo aquelas que exigem omissões.<sup>79</sup> Ainda, pode-se afirmar que a omissão penalmente relevante é uma inação voluntária e consciente, violadora de uma norma mandamental positivada, ganhando assim o princípio da legalidade, importância capital como um dos requisitos na fixação da omissão penalmente relevante. Conclui-se que a analogia, os princípios gerais do direito e as normas extrapenais não têm a idoneidade de fixação normativa da omissão penalmente relevante, que dependerá da existência de uma lei penal formal que considere a omissão como típica.

No mesmo sentido, deverá ser reconhecida quando da aplicação da norma mandamental, o grau de lesividade da conduta e a fragmentariedade, bem como a subsidiariedade, a utilidade e a proporcionalidade, princípios norteadores de um direito penal proveniente de um Estado Democrático de Direito.<sup>80</sup>

Na seara do direito penal garantista, há de se complementar materialmente o conteúdo da norma mandamental com a proteção de um bem jurídico penal que seja relevante para a preservação da dignidade humana na ótica conceitual, de que os bens jurídicos são interesses constitucionalmente protegidos pelo Estado. Dessa forma, afasta-se qualquer possibilidade de

---

<sup>77</sup> IDEM

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. El delito de omisión: concepto y sistema. p. 125.

<sup>79</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 63.



exigência de realização de uma ação que não seja idônea para a proteção de determinado bem jurídico. Repisando que o outro requisito para reconhecimento da omissão penalmente relevante, como já mencionado anteriormente, seria a capacidade do agente omitente de agir conforme a norma mandamental, não havendo expectativas de comportamentos impossíveis, pois a norma é dirigida para aqueles que possuem a capacidade de cumpri-la.

Por sua vez, essa capacidade de ação abrange: a capacidade de agir conforme a expectativa e a possibilidade de conhecimento da situação fática, na qual há a expectativa (ação esperada). Cabe enfatizar que a norma mandamental para ser cumprida, exige a capacidade física de agir do omitente, incluindo recursos e conhecimentos, não havendo sentido de que a norma exija uma ação de alguém que não tenha capacidade física de agir.

Somada a tal capacidade, conforme a norma mandamental, há a necessidade do omitente de ter a capacidade de conhecimento da situação típica, no qual requer a realização da ação positiva de proteção ou do salvamento do bem jurídico. Essa cognoscibilidade abrange tanto a situação típica, na qual o omitente deve realizar a ação de salvamento do bem jurídico, como os meios disponíveis para a sua realização.

Ato contínuo, as omissões penalmente relevantes costumam ser classificadas como próprias ou impróprias, e seus detalhes serão discutidos mais à frente. O que importa ao debate, no presente momento, é o vínculo entre a responsabilidade penal e a omissão. Ressalta-se que responsabilidade por omissão é um dos temas mais complexos do direito penal. A doutrina acostumou-se a uma dogmática construída sobre o paradigma da conduta ativa, de forma que tem-se certa dificuldade em fixar critérios e construir sistemas de imputação voltados para o não fazer. Por mais reprovável que seja uma omissão, não é fácil identificar critérios gerais que permitam equiparar tal ato à causação ativa de um resultado típico. A imputação de resultados lesivos a omissões sempre foi controversa dentro da dogmática penal e enseja teses, reflexões e debates difíceis e muitas vezes inconclusivos.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 39.

<sup>81</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. São Paulo: Ed. RT, set. 2020, p. 132.

Com isso, o instituto da responsabilidade penal por omissão se vê coberto por uma imprecisão que afeta a segurança jurídica de todos aqueles que exercem, coordenam ou gerenciam atividades arriscadas.<sup>82</sup>

### **3.2. A omissão própria e imprópria**

As omissões penalmente relevantes costumam ser classificadas como próprias ou impróprias. Apesar da larga controvérsia sobre os critérios mais adequados para reconhecer tais categorias, pode-se considerar omissão própria aquela prevista em um tipo penal específico como é o caso do art. 135 do Código Penal (“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”) ou do art. 244 do mesmo diploma legal (“Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”).

Nesses casos o texto legal descreve expressamente uma conduta omissiva, atribui a ela a sanção penal. A omissão imprópria é aquela por meio da qual se imputa um tipo penal comissivo àquele que se omite, como se ele tivesse causado o resultado ou o risco previsto na norma.

### **3.3. Os agentes garantidores**

Já no que toca aos deveres de garantidor, a primeira grande discussão está em se determinar, praticamente, sua fonte e seus limites. Se as condições pessoais de vinculação entre o omitente e a vítima ou entre o omitente e a fonte produtora do perigo implicarem a geração de um dever de impedir o resultado, a responsabilidade pelo fato ocorrido só pode se dar sob dois pressupostos: a) da mais precisa identificação dessas condições; b) da efetiva demonstração de que o agente era capaz de realizar a ação necessária a evitar o resultado,

---

<sup>82</sup> IDEM

conforme suas características típicas. Como, ademais, a responsabilidade, nessa hipótese, deve estar associada, primeiramente, ao dever de impedir o resultado e, depois, à capacidade de sua evitação, a precisa e incontroversa identificação das condições de garantidor constitui o pressuposto principal, sem o qual não pode subsistir a incriminação.

Diante dessa exigência, torna-se obsoleta a questão prática de determinar se a identificação dessas condições, se deve fazer, exclusivamente, por uma norma, ou por meio de uma livre interpretação de seus substratos materiais. Uma vez que se afirme a necessidade de uma identificação, está claro que a legitimidade da inserção dessas condições como elementos da tipificação da conduta, só se pode dar por meio de uma norma legal.<sup>83</sup>

Parte da doutrina assinala que é a teoria da expectativa que define que somente existe a omissão de algo esperado, ou seja, a omissão somente existiria quando houvesse uma expectativa do mundo dos valores, sendo que a omissão não significa, simplesmente um não fazer, mas o não fazer algo determinado.<sup>84</sup>

Ocorre que alguns ordenamentos jurídicos – como o brasileiro – preveem *normas específicas*, na Parte Geral do CP, que *equiparam* certas *omissões* à *causação positiva* de resultados lesivos, como a morte ou a lesão corporal. Em geral, tais normas indicam que *certas pessoas* – denominadas *garantes* – têm, em *certas situações*, o *dever de evitar resultados lesivos*, sob pena de responderem por eles como se os produzissem de forma comissiva, com as penas previstas nos tipos penais respectivos. Assim, o salva vidas pode – a depender das normas vigentes – ter o *dever* de evitar mortes por afogamento por ter *assumido positivamente* o dever de cuidar dos banhistas. Isso o tornaria um *garante* e sua omissão seria equiparada à causação da morte em determinadas circunstância.

Para ser possível a aferição da responsabilização penal dois dirigentes dentro da estrutura da organização, deve-se inicialmente investigar quais seriam os principais fundamentos para caracterização das pessoas como agentes garantidores, afim de serem responsabilizados penalmente por omissão imprópria, na forma do art. 13, §2º do Código Penal Brasileiro, que regula a omissão penalmente relevante, “quando o agente devia e podia

---

<sup>83</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 45.

<sup>84</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 31.

agir para evitar o resultado”, explicitando os deveres daqueles agentes denominados de garantidores que tem o dever jurídico de agir para impedir o resultado.<sup>85</sup>

Na seara doutrinária, há classificação dos agentes garantidores de dois tipos: primeiro, considerando as omissões relativas à função de vigilância sobre as fontes de perigos, o denominado garantidor de vigilância. Os garantidores de proteção que tem a missão de defender um bem jurídico contra quaisquer perigos, independente de uma ingerência própria anterior na esfera de proteção do bem jurídico.<sup>86</sup>

### **3.3.1. O garantidor originário ou de proteção**

No caso de agente garantidor de proteção, como já narrado, há um dever de vigilância e de contenção dos perigos externos que podem afetar bens jurídicos da organização, sendo que a relação de dependência entre o agente garantidor e o desprotegido é utilizada para diferenciar uma simples omissão de um dever de agir do garantidor, que justificam a qualificação dos agentes policiais, como garantidores de proteção das vítimas de crimes, dos bombeiros, no caso de vítimas de incêndio, dos médicos em relação aos pacientes, dos salvavidas em relação aos banhistas.<sup>87</sup>

Neste contexto, a posição de garantidor é fundada em três pilares: do poder diretivo; no domínio e controle do conhecimento e informação e na realização fática de suas ordens. Convém registrar que a doutrina contesta o princípio da autorresponsabilidade do empregado, que diz que ninguém tem o dever de impedir que terceiros autorresponsáveis pratiquem crime, pois nas estruturas empresariais, a autonomia do colaborador ou empregado é subordinada às regras da própria organização, tornando-se uma autonomia aparente.<sup>88</sup>

Segundo Schünemann, o fundamento material da posição do garantidor de proteção é a custódia, como por exemplo o seu exercício pelos pais em relação ao desamparo dos filhos (art. 13, §2º, alínea a do Código Penal Brasileiro), ou no caso de um guia de turismo em expedição perigosa, justificável pela assunção fática (art. 13, §2º, alínea b do Código Penal Brasileiro). Importante para o reconhecimento da posição de garantidor de proteção é a

---

<sup>85</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 100.

<sup>86</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 106.

<sup>87</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 107.

relação de confiança e o cuidado recíproco entre os agentes, alcançando por exemplo a vida em comunidade e a prática em conjunto de determinadas atividades.<sup>89</sup>

A posição de garante de proteção externada por Jakobs é fundamentada na competência institucional, abrangendo os funcionários públicos, que teriam o dever de agir em benefício do estado e dos cidadãos, fundamentada no contrato social e na assunção da função de proteção, justificando a posição de garantidores de agentes públicos (policiais, bombeiros, salva-vidas) em relação as vítimas.<sup>90</sup>

A doutrina considera a existência de uma afinidade entre a imputação omissiva imprópria e a autoria meditada por domínio em aparatos organizados de poder para os crimes comissivos, observando que essa incapacidade do subordinado estaria vinculada a posição dos dirigentes de acordo com os seguintes parâmetros: poder de direção; domínio sobre o conhecimento/informação e na efetividade fática de suas instruções, afastando a premissa do princípio da autorresponsabilidade, já aqui abordado, que determina que ninguém está obrigado a impedir que terceiros autorresponsáveis pratiquem crimes, não havendo um dever geral de vigilância sobre pessoas ditas autorresponsáveis ou de agir para impedir a ocorrência de resultados lesivos, alegando que numa estrutura empresarial organizada, a autonomia do subordinado seria mitigada, sendo o seu comportamento condicionado às regras da própria organização, o que vem justificar a não imputação do status de garantidor aos dirigentes no caso de atos ilícitos praticados por empregados, cujas condutas não guardam vínculos com os processos corporativos.<sup>91</sup>

### **3.3.2. O garantidor de vigilância**

Em relação aos garantidores de vigilância, é imposto um dever de vigilância e de contenção de uma fonte de perigo, que deve ser mantida dentro dos limites de tolerância. Cabe pontuar a diferença entre o garantidor de proteção e o de vigilância, sendo que no primeiro, o foco é a custódia do bem jurídico sob proteção, no segundo, seria o controle da

---

<sup>88</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 109.

<sup>89</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 110-111

<sup>90</sup> IDEM.

<sup>91</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 114-115

fonte de perigo, sendo que em ambas as situações, o agente garantidor tem o dever de agir para evitar o resultado.<sup>92</sup>

Havendo a criação de um risco juridicamente desaprovado em face da prática de uma conduta ilícita, surge para o agente o dever jurídico de evitar o resultado lesivo, é o denominado agente garantidor por ingerência, constituindo-se esse agente, num garantidor por vigilância e de salvamento do bem jurídico, devendo que o comportamento anterior seja considerado ilícito, do qual decorra um aumento de perigo, exigindo para a sua compreensão a distinção entre riscos próprios e riscos alheios. Há de se observar que a criação de uma empresa e a montagem da sua estrutura empresarial seriam considerados riscos permitidos, quando são impostos deveres positivos e negativos para assegurar a proteção de bens jurídicos.

Caso não haja o cumprimento desses encargos, não havendo ação para evitar a criação de riscos não permitidos, como por exemplo a ausência de manutenção de equipamentos, e consequente ocorrência do resultado lesivo, caberia a imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria por ingerência.<sup>93</sup>

Dessa forma, o garantidor de vigilância deve assegurar que a fonte de perigo se mantenha dentro dos níveis permitidos ou tolerados, e caso sejam superados, caberia ao agente garantidor agir para evitar qualquer lesão aos bens jurídicos de terceiros, partindo do critério do domínio da fonte de perigo pode-se afirmar que o garantidor deve agir para evitar o resultado de lesão ao bem jurídico (garante de proteção) e pelo dever de contenção da fonte de perigo, que não deve ultrapassar os níveis de segurança, a fim de não causar danos a terceiros (garante de vigilância).<sup>94</sup>

### **3.3.3. O garantidor por assunção**

Uma das formas de assunção da referida responsabilidade com dever de impedir o resultado é o contrato, podendo ser escrito ou verbal, não se exigindo, a

---

<sup>92</sup> FRAGOSO, op. cit. p.117

<sup>93</sup> IDEM.

<sup>94</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 106-107

capacidade civil do agente, sendo que a posição de garantidor pode ser assumida, tanto por maiores quanto por menores.

Nesse diapasão, cabe registrar, conforme aduzido por Tavares, que a diferença entre a violação de cláusulas contratais e a violação do dever de garantidor do agente, sendo que no primeiro caso, haveria a incidência de apenas um mero ilícito civil, cabendo a correspondente ação indenizatória. Importante também ressaltar que o contrato somente será considerado uma fonte de dever de agir, quando for reconhecida a confiança no agente obrigado dos deveres de cuidado, proteção e vigilância.<sup>95</sup>

A configuração da assunção caracteriza-se independente do contrato escrito ou verbal, pelo fato do agente ter exteriorizado a sua vontade de proteção, tornando-se garantidor no momento de ter iniciado essa atividade protetiva. A assunção fática se dá com a manifestação do dever de proteção relativo ao garantidor.

### **3.3.4. O garantidor por ingerência**

A ingerência, como fonte dinâmica geradora de perigos tem como base a realização de um comportamento anterior que provoca um aumento de perigo, como no exemplo, no qual o comerciante coloca um produto no mercado, e ao descobrir a sua periculosidade, não o retira do mercado e nem comunica o fato aos consumidores. No caso do risco não ter sido criado pelo próprio agente (risco próprio), mas por terceiros, a posição de garantidor deverá estar regulada em lei ou por assunção, afastando a imputação por omissão imprópria por ingerência.<sup>96</sup>

Entende-se, que caracterização da ingerência estaria vinculada ao poder de controle (domínio) do agente sobre os fundamentos do resultado, sendo, portanto, o agente detentor de um poder de controle sobre o resultado típico, e não de um mero domínio potencial sobre o evento lesivo, significando que, o agente deve ter o domínio sobre o curso causal do *iter criminis*. Parte da doutrina exige que a ação precedente seja antijurídica, devendo ser observado a presença dos requisitos da imputação objetiva para caracterização da ingerência,

---

<sup>95</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 118

<sup>96</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 120

tais como: limitação objetiva da causalidade; risco permitido; esfera de responsabilidade do agente e licitude do fato.<sup>97</sup>

Na avaliação da caracterização da posição do *compliance officer* por ingerência, devemos avaliar se alguma ação precedente realizada pelo encarregado de vigilância criou um risco não permitido entre riscos próprios e riscos alheios. A doutrina destaca a divisão entre riscos próprios e riscos alheios. No caso de riscos criados pelo próprio *compliance officer*, como por exemplo: ministrar um treinamento de pessoal com baixa efetividade, favorecendo a criação de um risco não permitido, em consequência, permitindo a prática de um delito; a não realização de *due diligence* necessária para aferição da parceria de negócios com terceiros, permitindo a prática de delitos por esses terceiros; na hipótese do *Chief Compliance Officer*, responsável pelo comitê de *compliance* de uma organização, delegar poderes aos agentes de *compliance* sem realizar uma prévia análise de riscos de integridade desses agentes ou de não exercer o seu dever de supervisão ou de vigilância sobre a atuação desses agentes, tolerando ou permitindo a criação de riscos não permitidos na esfera de sua vigilância, possibilitando a prática de delitos por esses agentes, atraindo a responsabilização penal por omissão imprópria por ingerência<sup>98</sup>.

Em relação aos riscos alheios, que não foram não criados por condutas precedentes realizadas pelo próprio *compliance officer*, não estariam no âmbito da ingerência, como por exemplo a análise dos questionários de *due diligence* de fornecedores realizados durante a execução do contrato de fornecimento, como uma forma de monitoramento de riscos de terceiros (dever de asseguramento), devendo constar no seu *job description*, de forma a limitar o escopo da sua responsabilidade, sendo nessa hipótese, o *compliance officer* considerado um garante por assunção. Nesse panorama, há de se reconhecer que dificilmente teríamos uma situação fática que permitisse com transparência e certeza considerar o *compliance officer*, como um garante por ingerência, em virtude de que as suas responsabilidades e deveres de garante serem de forma taxativa identificadas no seu *job description*, qualificando-o como um garante por assunção.

As ações próprias de difícil individualização e aptas a criarem riscos não permitidos, fora do seu *job description*, caracterizadoras da ingerência, deverão ser avaliadas em cada

---

<sup>97</sup> IDEM.

<sup>98</sup> IDEM.



caso concreto, para que caracterize a imputação penal por omissão do *compliance officer* por ingerência.

Convém observar que as hipóteses nas quais as responsabilidades do *compliance officer* no âmbito da organização, não foram delimitadas no seu *job description*, afastariam qualquer possibilidade de ser considerado um garante por assunção. Nesses casos excepcionais, caberia ao intérprete avaliar se o comportamento anterior (ação precedente) do *compliance officer*, criou ou aumentou um risco não permitido e os demais pressupostos da imputação objetiva, e se tinha possibilidade física de agir para evitar o resultado típico, para que possa ser reconhecido como um garante por ingerência.

#### **4. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER POR OMISSÃO IMPRÓPRIA**

##### **4.1. O *Compliance Officer* e a posição de garante nas organizações**

O grande desafio na determinação da responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer* nas organizações reside na possibilidade deste ser considerado um agente garantidor ou garante, gerando em face dessa qualificação especial, deveres de agir para evitar a ocorrência de ilícitos penais no âmbito empresarial.

Para que seja possível aferir as consequências penais da sua posição na estrutura empresarial, faz-se necessário, a priori, avaliar a sua posição hierárquica, concomitantemente com o seu *job description* ou contrato de trabalho, analisando a descrição de funções e cargos na organização, bem como a sua situação fática na operação do sistema de gestão de *compliance*.

Como já mencionado, os deveres originários ou de proteção dos dirigentes, em virtude da complexidade dos processos corporativos, podem ser delegados para outros colaboradores, transformando-os em novos garantidores de vigilância, só que agora por delegação.

Primariamente, podemos afirmar com fulcro na teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, que o empresário é o garante originário ou de proteção. É o empresário que tem a custódia do bem jurídico denominado empresa. A liberdade de organização empresarial

exige do empresário do dever de assegurar que as atividades corporativas da organização não causem bem jurídicos de terceiros.<sup>99</sup>

Cabe conforme aduzido por Lascuráin Sánchez, a doutrina alemã tem se manifestado no reconhecimento no dever de garante somente naqueles fatos vinculados à empresa, qual seja, apenas nos delitos praticados em benefício da empresa.<sup>100</sup> É cediço que as empresas se estruturam com base na divisão de trabalho e de funções, criando inúmeras dificuldades para o intérprete na determinação da imputação da responsabilidade penal dos agentes, visto que o direito penal é fundado na autoria individual dolosa direta, e a estrutura empresarial é fracionada em diversas funções, que tornam-se óbices para determinação da responsabilidade penal dos colaboradores mais organizações.

Cumprido, ainda, salientar que essa transferência de deveres e de responsabilidades na busca da eficácia na gestão das empresas, fracionando o fluxo de organizações, passa a exigir uma limitação de atuação fática desses diversos atores nas atividades corporativas. Nessa cenário, exige-se a elaboração de um plano de cargos e funções de todos os colaboradores (*job description*), em especial para o *compliance officer*, que atua como um gestor do programa preventivo, devendo ser definido com precisão a sua matriz e responsabilidades, que seria fundamental para aferir a sua responsabilidade penal, de forma a indicar a descrição das atividades a serem desenvolvidas e as suas respectivas responsabilidades discriminadas e delimitadas no contrato de trabalho ou no *job description*.<sup>101</sup>

É de suma importância destacar a hipótese do *compliance officer* ser considerado um garante originário ou de proteção, pois via de regra, é um subordinado da alta direção da organização, com exceção dos casos de acúmulo de funções, como nas estruturas empresariais nas quais diretores sócios (garante de proteção), acumulam por exemplo, a diretoria financeira com a diretoria de *compliance*. Assim, vê-se que não basta apenas ao *compliance officer* ostentar a posição de garante perante o ente coletivo em razão da delegação da alta direção, para que seja imputada a responsabilidade penal por omissão imprópria, sendo necessário avaliar se o resultado típico está vinculado ao dever de garante não exercido pelo *compliance officer*, afastando a possibilidade de se atribuir de forma automática a causalidade na

---

<sup>99</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 150.

<sup>100</sup> IDEM.

<sup>101</sup> IDEM.

ingerência, compelindo ser aferido, segundo a imputação objetiva se o comportamento do omitente (*compliance officer*) criou um risco não permitido.<sup>102</sup>

Nesse diapasão, cabe ao intérprete da lei avaliar se o resultado típico teve origem numa conduta que criou ou aumentou um risco não permitido, e se o risco teve desdobramento no resultado típico ocorrido, e se esse resultado se encontra dentro do campo de alcance da norma violada. Ainda, é imprescindível que a conduta omissiva não cria o risco, apenas o mantém ou modifica. Em relação ao desdobramento do risco não permitido no resultado típico, somente pode-se reconhecer a omissão como penalmente relevante quando houver um vínculo entre a omissão e a manutenção ou transformação com risco não permitido e com desdobramento no resultado típico.

Assim, na imputação do resultado típico ao garante, é necessário avaliar concreto se o agente omitente tinha condições para agir de acordo com as exigências da norma mandamental, cabendo analisar a presença dos pressupostos da tipicidade objetivos da omissão imprópria: a) haja a existência de um dever de garante na forma do art. 13, §2º, alínea a, b e c do Código Penal brasileiro (lei, assunção ou ingerência, respectivamente <sup>103</sup>); b) a situação típica; c) a inércia (o não agir) do omitente, mantendo um risco não permitido ou transformando-o em um risco não permitido; d) a ação esperada necessária para evitar o resultado típico esteja no âmbito do alcance da norma violada; e) a capacidade físico real de agir para evitar o resultado típico; f) o nexo de causalidade e a imputação objetiva do resultado.<sup>104</sup>

A partir da identificação e individualização da posição de garante, a conduta omissiva será equiparável à ação, desde que haja um vínculo causal entre a inação do agente omitente e o resultado lesivo típico valorado pela teoria da imputação objetiva.

Por sua vez, é a teoria das fontes formais ou dos deveres formais que determina que a imputação da responsabilidade penal pela evitação do resultado típico, estaria condicionada à existência de um dever normativo descrito em lei.<sup>105</sup> Nessa hipótese, a tipicidade da omissão imprópria estaria caracterizada com a não realização da ação de evitação do resultado típico e

---

<sup>102</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 151.

<sup>103</sup> IDEM

<sup>104</sup> IDEM

a antijuridicidade na violação do dever legal<sup>106</sup>. A origem da responsabilidade penal seria oriunda de uma lei formal extrapenal.

Frisa-se que no ordenamento jurídico brasileiro, não há, a descrição de deveres da função de *compliance* ou do *compliance officer*, como por exemplo, os deveres dos pais de assistência aos filhos na forma do art. §229º da Constituição Federal brasileira<sup>107</sup>, tornando os agentes garantidores originários ou de proteção. Nesse contexto, não podemos enquadrar a conduta omissiva do *compliance officer* como sendo penalmente relevante, considerando-o como um agente garante com fundamento na teoria das fontes ou dos deveres formais, por inexistência de lei específica sobre a atuação do *compliance officer* nas organizações.

Nesse contexto, há uma imposição normativa designando o *compliance officer* como o responsável pela implementação de programas preventivos de riscos sobre lavagem de dinheiro, exigindo a sua atuação com garante de vigilância, com como a responsabilidade pela adoção de mecanismos preventivos necessários que denotariam a sua capacidade de agir para evitar o resultado típico. No Brasil, a Lei 9616/98 (Lavagem de dinheiro), único diploma que regula o papel do encarregado de vigilância (*compliance officer*), indica quem tem o dever nas organizações, de comunicação de operações financeiras atípicas ao COAF- Conselho de Atividades Financeiras das obrigações de vigilância e controle (*compliance*)<sup>108</sup>.

Por ser um operador do programa preventivo de delitos na organização, fato que deve ser considerado, quando da elaboração do seu contrato de trabalho ou da sua *job description*, o *compliance officer* deve ter os limites de sua atuação bem definidos, e em consequência, as suas responsabilidades na esfera penal. A sua responsabilidade penal por omissão imprópria se dá por assunção, por delegação da empresa (sócios), configurando-se no exemplo, de ter recebido um reporte de um setor de nível hierárquico inferior, contendo indícios de práticas de ilícitos penais e não tenha tomado as ações devidas e necessárias para evitar o resultado típico, apesar de ter ciência da situação típica (conhecimento do reporte), capacidade de agir (domínio do resultado e poder diretivo), da consciência da sua posição de garante, do nexo casual e não agiu para impedir o resultado típico.

---

<sup>105</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 152.

<sup>106</sup> IDEM

<sup>107</sup> IDEM

Via de regra, a função de *compliance* ou *compliance officer* das organizações, apesar de receberem delegação da alta direção, não recebem a transferência do poder diretivo, mantendo assim, a alta direção uma posição residual de garante.

É importante observar que para que seja configurada a responsabilização penal do *compliance officer* por omissão imprópria, é necessário que tenha sido descrita de forma clara os limites de sua responsabilidade no *job description*, ou no contrato de trabalho, bem como presentes os requisitos objetivos caracterizadores da omissão imprópria: a) a posição de garantidor; b) a situação típica de perigo; c) a capacidade real de agir e a omissão da conduta devida para evitar o resultado típico; d) o nexo de causalidade entre a omissão e o resultado.

Por seu turno, Roxin reconhece a possibilidade de imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria ao *compliance officer* como delegado, desde que haja a delegação simultânea de poderes diretivos que pressupõe o dever de agir para evitar o resultado típico. Outros doutrinadores ampliam a posição de agente garantidor por delegação, devendo além da exigência do controle e vigilância sobre a fonte de riscos, ter recebido poderes de gestão, como dar instruções e adotar medidas organizativas, ou pelo menos ter um poder diretivo sobre o autor do delito.<sup>109</sup>

Caso o *compliance officer* não seja um membro integrante da alta direção, não possuindo um dever de intervenção para evitar o resultado típico, poderá responder como partícipe, e o delegante (alta direção) como autor na omissão imprópria. Convém ainda frisar que o ato de delegação por si só não caracteriza a titularidade da posição de garante de vigilância por derivação do *compliance officer*, é necessário que seja transferido pelo delegante o poder diretivo sobre a organização, registre-se, não apenas formalmente, por meio de um contrato, mas devendo ser verificada a assunção fática do delegado (*compliance officer*) à posição de garante, observando os limites da delegação, pois existem outros administradores como garantes de vigilância secundários que exercem o controle e vigilância sobre outras fontes do risco, como trabalhista, tributária, meio ambiente, segurança dos trabalhadores, etc.

---

<sup>108</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 156

<sup>109</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 162.

Uma hipótese interessante trazida à discussão é a responsabilidade do *compliance officer* de comunicar ou reportar à alta direção da organização, as denúncias recebidas por meio do canal de denúncias, contendo informações sobre a prática de delitos da empresa, observando que esse dever deve constar no seu contrato ou *job description*.

De forma geral, a delegação transferida pela alta direção ao *compliance officer* é parcial, vez que não é transferido o já mencionado poder diretivo do ente coletivo, sendo mantido o dever de intervenção direta pelo delegante, ou seja, a alta direção mantém o dever de agir para impedir um resultado típico, desde que tenha ciência da sua existência, que somente será possível através de informação transmitida via reporte pelo *compliance officer*, configurando o exercício pleno da atividade de supervisão delegada.

Schünemman entende que a vantagem do *compliance officer* de possuir a informação via canal de denúncias sobre a ocorrência de delitos, compensaria o fato de não ter o poder de intervenção direta, o de agir para evitar o resultado típico, mantido pelos garantidores originários ou de proteção. A doutrina especializada é do entendimento que esse controle parcial sobre a fonte do perigo, o de comunicar ou não, uma informação sobre a ocorrência de um delito ao garante originário (alta direção), tornaria esse não agir do omitente (*compliance officer*) numa omissão penalmente relevante, amoldando-se ao tipo penal do art. 13, §2º, alínea do Código Penal brasileiro, a omissão imprópria por assunção.

Sendo assim, a possibilidade jurídica de se agir do *compliance officer* para evitar o resultado típico estaria limitada e configurada no reporte à alta direção (garante originário ou de proteção), e que tem o dever de agir para impedir o resultado típico. Consolida-se, então, o entendimento de que ao CCO caberia inicialmente os deveres de diagnóstico e de comunicação, e aos dirigentes (alta direção), a adoção de medidas necessárias para impedimento do resultado típico. Essa fragmentação de cumprimento de deveres de vigilância dividiria a imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria.

Há situações em que o *compliance officer* e a alta direção agem de forma conjunta aderindo ao iter criminis, caracterizando a participação ou coautoria dolosa do CCO, no caso de, por exemplo de não procede a abertura de um processo de investigação interna em virtude do interesse da alta direção em manter desconhecidos os autores da infração penal, bem como no arquivamento de uma denúncia recebida apesar de possuir justa causa. Nesse caso,

configurada a contribuição dolosa do *compliance officer* e da alta direção para eclosão do evento lesivo, responderiam ambos por omissão imprópria.

#### **4.2. Hipóteses de responsabilização penal por omissão imprópria do Compliance Officer**

No presente cenário de individualização da responsabilização penal das pessoas que integram a alta direção (dirigentes delegantes) e dos colaboradores (terceiros delegados) na estrutura organizacional da empresa, consolidamos inúmeras situações fáticas (hipóteses) a serem abordadas em relação a posição do *compliance officer* (encarregado de vigilância) na organização, as quais seguem elencadas a seguir<sup>110</sup>:

##### 1ª Hipótese

A Alta direção transfere para o *compliance officer* da organização a responsabilidade pela implementação de um programa de *compliance*. Após sua implementação, contatou-se que o referido programa foi estabelecido de forma defeituosa (falha de implementação) com a omissão de diversos procedimentos, permitindo a prática de ilícitos penais.

Nesse caso, estaríamos diante de uma situação típica de omissão imprópria por assunção, se for comprovada a participação omissiva dolosa do *compliance officer* na criação de um programa que facilitasse ou tolerasse a prática de crime, omitindo requisitos especiais. No caso de reconhecimento de desídia na implementação do programa de *compliance* pelo *compliance officer*, o fato seria atípico, pois não há previsão na legislação de uma conduta omissiva culposa. A alta direção poderá responder por omissão imprópria, caso seja constatada a ausência de supervisão (dever residual) em relação as atividades de implementação do programa de *compliance* pelo *compliance officer*, permitindo a ocorrência do resultado típico.

##### 2ª Hipótese

---

<sup>110</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 167-170.

O *compliance officer* na gestão do canal de denúncias da organização, tem a responsabilidade de análise e comunicação à alta direção da ocorrência de atos ilícitos penais denunciados através desse meio de comunicação. Nesse contexto, surge a situação de que ocorreu determinado delito e o *compliance officer* toma ciência de sua prática, mas não o reporta à alta direção, para que fosse avaliada a possibilidade de investigação do evento criminoso. A princípio o fato relatado é atípico penalmente, pois não há previsão legal para esse tipo penal omissivo. Caberia a sua responsabilização penal por omissão imprópria por assunção, desde que fosse comprovado faticamente a sua posição de garante conforme a matriz de responsabilidade descritas no seu *job description*.

Há de se observar esse poder de monopólio de informações relevantes no âmbito da organização, torna compartilhado com a alta direção, o dever de agir para impedir ou fazer cessar o resultado típico. Esse mesmo raciocínio, aplica-se no caso da prática de um crime continuado, cujo *iter criminis* pode ser interrompido com o reporte do *compliance officer* à alta direção, entendendo-se que, a sua não comunicação à alta direção seria considerado, como uma violação dos deveres de garante de vigilância por omissão imprópria. Há de se registrar que o *compliance officer* ao deter o monopólio das informações relevantes na organização, teria o controle sobre o curso causal do *iter criminis*, em consequência da ocorrência do evento típico.

### 3ª Hipótese

Caso diverso, é quando o encarregado de vigilância (*compliance officer*) que é um garante de vigilância por delegação (delegado), comunica via reporte à alta direção de indícios de ocorrência de fraudes no setor tributário da organização, inclusive sugerindo a adoção de medidas corretivas e ou preventivas. A alta direção que dá-se inerte, embora tenha tido ciência da ocorrência do resultado típico, não tomando providências para a mitigação dos riscos da ocorrência por ilícitos penais fiscais, ensejando a responsabilização por omissão imprópria dos dirigentes da alta direção, pois são considerados garantes originários ou de proteção. No caso do delegante (alta direção), que por desídia ou negligência, não tenha tomado conhecimento do reporte enviado pelo delegado (*compliance officer*) sobre indícios da ocorrência de ilícitos penais, portanto, desconhecendo a situação típica, e em consequência, não age para evitar o resultado típico. O seu dever de garante é afastado, sendo considerado um fato atípico, por não haver o tipo penal culposos correspondente.



#### 4ª Hipótese

Pode-se ter uma situação de déficit de supervisão da Alta Direção, que em virtude de um garante de proteção, incorpora a sua custódia de proteção as atividades do delegado, que está sob sua dependência hierárquica, permanecendo com um dever residual de vigilância. Caso o delegado (*compliance officer*), venha praticar um ilícito que poderia ter sido evitado pelo delegante (Alta Direção), caracterizaria em virtude da contitularidade da custódia sobre bem jurídico, a imposição da responsabilização penal ao delegante (Alta Direção) por omissão imprópria e ao delegado (*compliance officer*) por autoria.

#### 5ª Hipótese

Considerando o *compliance officer* garante de vigilância por delegação, possuindo o dever jurídico de agir para impedir um resultado típico, poderia ser responsabilizado por omissão imprópria no caso da prática de furto por um dos seus subordinados? a resposta é negativa, pois a doutrina majoritária tem o entendimento de que apenas os delitos que possam gerar responsabilidade penal para as pessoas jurídicas devem ser tutelados pela organização.

Esses delitos envolvem bens jurídicos de terceiros vinculados a atividade corporativa da organização, os denominados delitos de empresa, tais como: fraude; corrupção; crimes ambientais; crimes contra a segurança dos trabalhadores, etc. A prevenção desses delitos fica sob tutela dos gestores imediatos, gerentes e chefes de departamento, podendo ocorrer a hipótese de concurso de agentes com o *compliance officer*, desde que a conduta desse agente garantidor contribua com a prática dos crimes.

#### 6ª Hipótese

O *compliance officer* (encarregado de vigilância) teria o dever de comunicar à autoridade competente a ocorrência de um exemplo, após a conclusão do processo de investigação interna na organização? O *compliance officer* considerado garante de vigilância por derivação não possui o dever legal de apresentar uma *notitia criminis* para a autoridade policial, pois, não ostenta o dever especial de levar o conhecimento de um ilícito à autoridade

policial, não possuindo relevância penal a sua omissão de comunicação, tratando-se de fato atípico.

### 4.3. A teoria da cegueira deliberada

No campo de discussão sobre as hipóteses, dentro da dogmática penal, que conduzem à determinação da responsabilidade penal do *compliance officer* pela autoria de crimes omissivos impróprios, praticados no âmbito e em benefício das organizações, pavimenta-se o objetivo de avaliar e identificar a possibilidade – ou não – de imputação da responsabilidade penal no caso de cegueira deliberada do *compliance officer*, ao ocupar a posição de garante por derivação na estrutura organizacional do ente coletivo.<sup>111</sup>

A cegueira deliberada, enquanto categoria de atribuição subjetiva de responsabilidade penal, tem seu surgimento no direito inglês (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), contudo, seu desenvolvimento se delineou na seara jurisprudencial, mais precisamente no ordenamento jurídico estadunidense. No contexto anglo-saxão, é denominada “Willful Blindness Doctrine”, também conhecida por “Ostrich Instructions” (instruções de avestruz), “Conscious Avoidance Doctrine” (doutrina do ato de ignorância consciente) e “Teoria das Instruções da Avestruz”.

Entretanto, conforme ressaltado por Lucchesi, ver tal regra ser tratada como alguma espécie de “teoria” ou uma “doutrina”, apesar de não ser incomum na doutrina brasileira, trata-se de equívoco ocasionado em razão do falso cognato entre o vocábulo “doutrina” e a expressão em inglês “doctrine”. *Doctrine* não se confunde com doutrina; o conjunto de escritos acadêmicos sobre determinado tema é chamado de *literature* ou *scholarship* na tradição jurídica anglo-americana. Por outro lado, entende-se por *doctrine* ou *legal doctrine* uma regra ou coleção de regras que sintetiza o conjunto das decisões judiciais em determinada área, tratando-se do enunciado dispositivo de um precedente ou feixe de precedentes.<sup>112</sup>

Acerca de sua concepção, devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do direito penal americano, nas palavras de Guilherme Lucchesi, não é possível se estabelecer

---

<sup>111</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 193

<sup>112</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o problema da chamada cegueira deliberada. Tese de monografia para doutorado em Direito. Curitiba, 2017, p 182-183.

em um único enunciado o que pode se entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra, pode-se afirmar que: uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância.<sup>113</sup>

Ainda, conforme Alexandre Fragoso, parte da doutrina caracteriza o estado de cegueira deliberada como passivo, quando a conduta do agente é a de não realização de pesquisas possíveis sobre a situação fática, e o ativo, quando o agente age de forma a impedir a obtenção de conhecimento sobre a referida situação.

No âmbito da *common law*, uma das decisões paradigmáticas da Suprema Corte norte-americana, concernente à aplicação da cegueira deliberada, foi no caso “*In re Aimster Copyright Litigation*”.<sup>114</sup> Ao julgar esse caso de violações de direitos autorais, a Suprema Corte posicionou-se no sentido de que o acusado não poderia arguir em sua defesa, o desconhecimento de que não teria condições de saber se os arquivos disponibilizados indicavam violações de direitos autorais, afastando a alegação de ignorância do acusado em relação aos fatos ora imputados. Nota-se que o acusado, de forma proposital, manteve uma indiferença e um desconhecimento intencional da situação fática, respondendo por ter adotado uma conduta de contribuição com a violação de direitos autorais.<sup>115</sup>

Por sua vez, a primeira decisão judicial de que se tem notícia referente à cegueira deliberada no Brasil foi proferida justamente no emblemático caso do furto à sede do Banco Central em Fortaleza. A sentença foi proferida pelo Juízo Federal da 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, nos autos nº 2005.81.00.014586-0<sup>116</sup>. No referido caso, após os criminosos subtraírem da instituição financeira a quantia de R\$ 165 milhões de reais, aproximadamente U\$ 71 milhões de dólares, dirigiram-se a uma agência de veículos e adquiriram 11 automóveis, efetuando o pagamento de R\$ 980.000,00

---

<sup>113</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o problema da chamada cegueira deliberada. Tese de monografia para doutorado em Direito. Curitiba, 2017, p 182.

<sup>114</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 193.

<sup>115</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 194.

(novecentos e oitenta mil reais) em moeda corrente, com notas de R\$ 50,00. Os proprietários da loja de veículos foram condenados em 1º grau por lavagem de dinheiro, quando foi admitida a modalidade dolo eventual, entendendo o magistrado de 1º piso na sua decisão condenatória, que apesar da prova de elevada probabilidade de os recursos para a aquisição dos veículos serem de origem e de natureza ilícita, os proprietários quedaram-se silentes, pois escolheram permanecer alheios a essa possibilidade.<sup>117</sup>

Em sede recursal, foram absolvidos, pois o juízo de 2º grau firmou entendimento de que a teoria da cegueira deliberada prestigia a responsabilidade penal objetiva, não havendo elementos probatórios de que os réus tinham conhecimento da origem ilícita desses recursos, alegando que o tipo penal do art. 1º, parágrafo 2º, II, da Lei 9613 original<sup>118</sup>, exigia apenas o dolo direto, justificando a não aplicação da teoria da cegueira deliberada, de forma a comportar a sua aplicação apenas nos casos de dolo eventual, caso a legislação admita, observando que a transação ocorreu no fim de semana, e o furto somente fora conhecido na segunda-feira.

A ação penal 470/MG, caso que ficou conhecido como “Mensalão”, é também um caso paradigma quando se trata de cegueira deliberada no contexto judiciário brasileiro. O voto da ministra Rosa Weber consagrou-se como sendo uma das principais decisões sobre cegueira deliberada no Brasil. No famoso julgamento, feito em instância originária do Supremo Federal, o voto de Rosa Weber foi o único a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no direito brasileiro. Outrossim, o voto do ministro Celso de Mello também trouxe à tona a existência da cegueira deliberada e sua possível aplicação no Brasil, apesar de não prover os critérios para a sua configuração. Ambos os ministros, em suma, admitiram em seus respectivos votos, a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, com fundamento na teoria da cegueira deliberada.<sup>119</sup>

Nesse ponto, antes de conectarmos a cegueira deliberada no contexto da responsabilização penal do *compliance officer*, faz-se necessário trazer as ponderações doutrinárias acerca de sua relação com o elemento subjetivo do dolo eventual. Isso porque,

---

<sup>116</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o problema da chamada cegueira deliberada. Tese de monografia para doutorado em Direito. Curitiba, 2017, p. 36.

<sup>117</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 194.

<sup>118</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 197

<sup>119</sup> LUCCHESI, op. cit., p. 59-60.

conforme observa-se na doutrina brasileira, no processo de (ou tentativa de) transplante da cegueira deliberada para aplicação no ordenamento jurídico interno, sua comparação com o dolo eventual foi irrefreável e instantânea, em razão das particularidades que ambos os elementos carregam em sua construção.

Os autores Isidoro Blanco Cordero, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini aludem a tentativas de equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual pelas cortes espanholas e brasileiras, respectivamente. Por outro lado, em decisões do ex-juiz federal Sergio Fernando Moro<sup>120</sup>, há a afirmação da cegueira deliberada ser semelhante ao dolo eventual, apesar de que, em seus próprios escritos acadêmicos, apontar uma possível equivalência ou identidade entre os referidos institutos.

Embora os textos doutrinários não aludem expressamente à relação de equivalência ou de identidade, afirmam que o dolo eventual é admitido nos tribunais americanos por meio da cegueira deliberada, o que leva a concluir que, na visão dos autores, a cegueira deliberada seria algo sinônimo a dolo eventual.<sup>121</sup>

Ragués, autor das principais obras sobre cegueira deliberada na tradição *civil law* propõe a adoção da cegueira deliberada no direito espanhol enquanto categoria de imputação intermediária entre o dolo eventual e a imprudência clássicos. Tal entendimento é de grande valia, pois permite desconstruir a noção de que as situações de cegueira deliberada seriam, por si só, idênticas ou equivalentes a dolo eventual, de modo a invadir o campo da imprudência e ampliar o alcance do dolo e, consigo, do poder punitivo estatal.<sup>122</sup>

Nesse sentido, a definição preliminar de cegueira deliberada proposta por Ragués pode consistir importante complemento à conceituação teórica de cegueira deliberada proposta pela jurisprudência nacional. Ragués propõe um conceito jurídico-penal de cegueira deliberada composto por quatro elementos concomitantes. Primeiro, não deve haver representação suficiente dos fatos pelo autor. Segundo, o autor deve ter capacidade de obter a informação ignorada. Terceiro, deve haver um dever para o autor de obter a informação ignorada. Quarto,

---

<sup>120</sup> LUCCHESI, op. cit., p. 74.

<sup>121</sup> IDEM.

<sup>122</sup> LUCCHESI, op. cit., p. 75.

o autor deve tomar uma decisão de não conhecer os fatos ou as circunstâncias desconhecidas.<sup>123</sup>

Na ótica de Martins e Tavares, por sua vez, conforme os autores, vislumbra-se certa similitude da regra da cegueira deliberada com uma definição de dolo eventual centrada exclusivamente no seu elemento intelectual, tal como na velha teoria da probabilidade de HELLMUTH MAYER, que sustenta a diferenciação entre dolo e culpa a partir da distinção entre possibilidade e probabilidade do evento. Essa concepção, está claro, é incompatível com o Código Penal brasileiro, que parte de uma definição de dolo tendo por base seu elemento volitivo e não, simplesmente, intelectual. Ao definir o dolo eventual como assunção do risco da produção do resultado e equipará-lo ao dolo direto (art. 18, I), a lei brasileira, de modo claro, fez uma opção pela teoria do consentimento. Por esta teoria, só haverá dolo eventual quando o agente se conforme com o resultado, ou seja, quando esse resultado, por seu modo de aparecimento no contexto, se veja incluído em sua vontade, ainda que não tenha sido diretamente querido.<sup>124</sup>

Após a apresentação das principais discussões que abarcam a aplicação da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro e seu vínculo com o elemento subjetivo dolo eventual, cabe agora enfrentar, sob a ótica dessa dogmática penal, a questão da imputação da responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria.

Tendo isso em vista, repisa-se que o *compliance officer*, como encarregado de vigilância, é responsável por diversas funções de controle e vigilância na estrutura organizacional, especialmente como receptor de denúncias recebidas via canal de denúncias, considerado, dessa forma, como garante de vigilância por derivação (delegado), com o respectivo dever de comunicar ao garante de proteção originário (alta direção), a prática das possíveis infrações penais no âmbito da empresa, para que sejam adotadas as medidas necessárias para evitação ou cessação desses delitos.

Interseccionando a cegueira deliberada com a temática do presente trabalho, tem-se que a configuração do estado de cegueira deliberada poderia ser aplicada no caso concreto,

---

<sup>123</sup> LUCCHESI, op. cit., p. 76 .

<sup>124</sup> TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. Lavagem de Capitais: fundamentos e controvérsias. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

quando o *compliance officer*, com vontade livre e consciente se coloca numa posição de não querer conhecer o conteúdo das denúncias realizadas via canal específico, para dar a ciência da ocorrência de um fato ilícito, arquivando-as de forma sistemática. Ou seja, como encarregado de vigilância tem conhecimento da aplicabilidade do canal de denúncias no sistema de gestão de *compliance*, e de forma deliberada e voluntária, coloca-se numa posição de não querer saber, se o conteúdo da referida denúncia se refere a algum resultado típico, não avaliando a presença da justa causa. Em consequência, não reportando a Alta Direção, de forma de que não seja aberto um processo de investigação que apuraria a prática de possível crime ou a evitação de crimes em continuidade delitiva, colocando-se assim, de forma proposital num estado de ignorância, atraindo a responsabilização penal. O *compliance officer* cega-se de forma voluntária, a fim de justificar a conduta de não comunicar à Alta Direção a ocorrência de alguma situação típica.

Para Alexandre Fragoso<sup>125</sup>, algumas situações fáticas podem ensejar o reconhecimento desse “ato de ignorância consciente” por parte do *compliance officer*, possibilitando sua responsabilização penal em razão do estado de cegueira deliberada, no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam:

a) Auditoria interna;

O *compliance officer* se abstém de tomar conhecimento do relatório de auditoria interna referente às informações relevantes sobre a ocorrência de fatos típicos ou aparentemente típicos, pouco se importando com a sua natureza lícita ou ilícita, não reportando à alta direção e consequentemente impedindo a abertura do respectivo processo de investigação interna. Nessa hipótese, para o autor, poderia ser reconhecido o estado de cegueira deliberada na conduta de omissão imprópria do *compliance officer*. Ainda, caso o *compliance* tenha uma mera suspeita sobre o conteúdo dos fatos típicos constantes no Relatório de Auditoria Interna e, posteriormente, pouco se importando de se tratar de denúncias aptas ou não de ser investigadas e não comunicando à alta direção, poderia restar configurada a omissão imprópria por dolo eventual.

b) *Due diligence* (fornecedores);

---

<sup>125</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 202.

Situação em que o *compliance officer* se abstém de forma deliberada e voluntária de tomar conhecimento das informações do questionário de *due diligence* sobre fornecedores de alto risco ou inidôneos, desprezando-as ou evitando-as, de forma a permitir a contratação de tais fornecedores. Na ocorrência de infrações penais por estas realizadas, haveria a possibilidade de se reconhecer o estado de cegueira deliberada na responsabilização penal do *compliance officer* por omissão imprópria. Assim como no exemplo anterior, na hipótese do *compliance* ter suspeitas sobre o conteúdo negativo das informações sobre os fornecedores, no questionário de *due diligence*, mas despreza as possíveis consequências em relação a tais suspeitas – e não comunicando à alta direção – poderia se estar diante de um caso de dolo eventual, cabendo a imputação da responsabilização penal do *compliance officer* por omissão imprópria.

c) *Due diligence* (pessoal);

Hipótese em que há uma abstenção deliberada e sistemática de ter conhecimento da folha de antecedentes criminais, assim como as devidas referências, de candidatos a cargos-chave na organização, permitindo a contratação de pessoas com restrições na Justiça Criminal por práticas de crimes de corrupção em empresas anteriores, possibilitando, dessa forma, a prática dos mesmos delitos no âmbito da organização na qual o *compliance officer* está inserido.

Tratando-se de mera suspeita, nos mesmos moldes já elencados, nas palavras do Fragoso, seria possível estar diante de um caso de responsabilização do *compliance officer* por omissão imprópria, cujo elemento subjetivo seria o dolo eventual. Nesse diapasão, um dos exemplos paradigmáticos da aplicação da teoria da cegueira deliberada nas atividades de *due diligence* de fornecedores encontra-se na seara trabalhista, no caso envolvendo a organização M5 Indústria e Comércio, dona da famosa marca de confecção têxtil M. Officer, que por possuir na sua cadeia de fornecedores oficinas clandestinas de costura que, por sua vez, utilizavam de mão de obra análoga à escrava, o que foi devidamente comprovado em virtude das péssimas condições de saúde, trabalho e segurança. Dessa forma, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região condenou a empresa pelas práticas de tais atos ilícitos realizados no período de 2013 a 2014, nos montantes de R\$ 4 milhões (danos morais coletivos) e R\$ 2 milhões (dumping social).



No contexto, fora constatado que houve por parte dos agentes da organização uma auto colocação num estado de cegueira (estado de ignorância) de forma proposital, qual seja, numa posição de desconhecimento dos elementos típicos de uma infração penal, em virtude de não realizar a *due diligence* nas oficinas de costura terceirizadas com funcionários bolivianos e paraguaios que trabalhavam sob condições subumanas, o que configurou no reconhecimento do ilícito penal de redução à condição análoga a de escravo, nos termos do art. 149 do Código Penal brasileiro.

Em razão da peculiaridade da aplicação da cegueira deliberada no contexto da justiça trabalhista brasileira, faz-se pertinente trazer parte da decisão que discorre sobre a referida aplicação, *in verbis*:

“[...] ademais, não se pode aceitar que o tomador dos serviços admita, e até obtenha lucros com a precarização do trabalho evidenciada nestes autos. A denominada “Teoria da Cegueira deliberada”, também conhecida como “Teoria do Avestruz”, deve ser aplicada de modo a impedir que o maior beneficiado pela prestação dos serviços, embora não tenha participado diretamente das práticas ilegais ora constatadas, negue conhecimento ou mesmo responsabilidade sobre as ilicitudes perpetradas pela empresa por ela contratada. Por óbvio, o tomador dos serviços não poderia fechar os olhos as condições do meio ambiente laboral dos empregados utilizados em sua cadeia produtiva.”<sup>126</sup>

d) Comunicação à alta direção;

Nesse panorama, o *compliance officer* se abstém de tomar conhecimento e de reportar à alta direção as informações sobre a prática de ilícitos penais, recebidas via canal de denúncias, obstando a abertura do respectivo processo de investigação interna. Isso, por seu turno, impede a adoção de medidas que visam evitar e/ou cessar as infrações pelo agente garantidor originário (alta direção). Caberia, segundo Frago, o reconhecimento do estado de cegueira deliberada e a responsabilização penal por omissão imprópria.

Seguindo a mesma linha de raciocínio acerca da possibilidade de reconhecimento do elemento subjetivo dolo eventual, este seria identificado na hipótese do *compliance officer* ter uma mera suspeita acerca das informações concernentes a uma possível prática de ilícitos penais, não comunicados à alta direção.

---

<sup>126</sup> TRT-1 – RO: 01109003020045010431 RJ, Relator: Evandro Pereira Valadao Lopes, Data de Julgamento: 31/03/2015, Quinta Turma, Data de Publicação: 08/06/2015.

É importante observar que na tipificação das condutas por omissão imprópria do *compliance officer*, tanto por dolo direto ou eventual, assim como na hipótese deste assumir um estado de cegueira deliberada, deve-se considerar que o *compliance officer* possui o domínio sobre as informações relevantes dentro da organização, tornando-o, ainda que de forma parcial e temporária, detentor de um poder diretivo da organização, compartilhado com a alta direção, nos casos de omissões penalmente relevantes.

Consigna-se ainda que esse poder sobre as informações da organização, de diagnóstico e de comunicação, que permitiria o agir da alta direção para evitação ou cessação do resultado típico. Essa fragmentação de cumprimento de deveres de vigilância dividiria a imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria, tendo o *compliance officer* o dever de comunicação aos dirigentes (alta direção), sendo que estes, por sua vez, teriam o dever de agir para evitar a ocorrência ou a perpetuação do resultado lesivo.

O reconhecimento da auto colocação do agente de *compliance* no estado de cegueira deliberada, com a renúncia ao dever de vigilância sobre o bem jurídico, é de suma importância, de modo que torna-se fundamental comprovar o compartilhamento do dever de evitação do resultado típico com a alta direção, por meio da detenção do controle e da comunicação sobre as informações penalmente relevantes. Nessa esteira, a referida comprovação deverá estar evidenciada faticamente, bem como disposta no contrato de trabalho ou *job description*, e que o *compliance officer* optou por adotar essa posição de desconhecimento das informações (estado de cegueira), quando tinha a capacidade e possibilidade de controle e de comunicação à alta direção e não o fez.

Destarte, consuma-se a ideia de que, para o exame empírico de evitabilidade que deverá assegurar, para a responsabilização penal do *compliance officer*, é fundamental garantir que se este tivesse cumprido com o seu dever de comunicação, a alta direção teria agido para evitar o resultado típico de acordo com o padrão de tratamento dado às denúncias anteriores pois, caso contrário, poderia ser considerado um fato atípico.

## CONCLUSÃO

O atual cenário mundial das organizações empresariais marcado por mudanças radicais geopolíticas e alterações regulatórias, com o surgimento de novos riscos, passa a exigir, o estabelecimento e implementação de uma nova governança corporativa, tornando necessária a adaptação das organizações a esse novo modelo de gestão, autorregulação regulada, a fim de assegurar a competitividade e a segurança jurídica no mundo globalizado.

Nesse contexto, a transferência dos deveres originários de supervisão e de fiscalização do Estado para as organizações por delegação, tem grande repercussão na esfera penal, com a organização passando a atuar preventivamente na fase *ante delictum*, através da implementação e monitoramento de um programa de *criminal compliance*, definido como um conjunto de mecanismos e procedimentos internos, incluindo, políticas, diretrizes de integridade, procedimentos de incentivo a denúncias de ilícitos penais, códigos de conduta e ética, com o objetivo de prevenir e mitigar a ocorrência de crimes praticados em benefício da organização. O Estado passa a atuar apenas na fase *post delictum*, com a aplicação *do jus puniendi*.

Na busca do asseguramento e da garantia da efetividade do programa de *criminal compliance*, ganha destaque a função de *compliance* ou *compliance officer* (encarregado de vigilância), que deve ser dotado de autoridade, recursos, independência e autonomia dentro da estrutura organizacional da empresa. Nesse panorama concluímos que nessa nova estratégia estatal de supervisão e controle, os programas de *compliance* implementados pelas organizações, constituem-se como o principal mecanismo de combate a criminalidade corporativa, atuando no controle de riscos penais relativos aos ilícitos praticados no âmbito da organização, os denominados crimes de empresa. A função de *compliance* ou encarregado de vigilância transforma-se num dos pilares mais relevantes na disseminação da *good governance* nas organizações e no controle da prática de ilícitos penais corporativos.

Nesse cenário da atual sociedade de risco, marcado pela expansão desenfreada do direito penal, em especial da hiperinflação dos tipos penais relativos aos bens jurídicos da ordem econômica e financeira, passa o Estado penal a concentrar o seu poder punitivo nas sociedades empresariais, em especial na responsabilização penal dos dirigentes da empresa,

com destaque para os crimes de violação de deveres dentro da estrutura organizacional, em especial, os crimes de omissão imprópria.

Na busca de instrumento idôneos para justificação da imputação da responsabilidade penal daquelas pessoas que detém o poder diretivo nas organizações, enfrentamos diversas dificuldades em virtude da complexidade da própria estrutura organizacional, evidenciando a presença da delegação de funções, da divisão de tarefas e de trabalho, da pulverização e filtragem das informações no ambiente corporativo, dificultando o real conhecimento das fontes de perigo no âmbito da organização daquelas pessoas que detém o poder diretivo, escamoteando a presença do elemento dolo nas ações devidas de evitação do resultado típico. Essa dificuldade de aferição da tipicidade das condutas na esfera empresarial, quando da caracterização das condutas dolosas que em virtude do seu déficit legislativo, contribui para a impunidade daquele que detém o poder diretivo nas organizações.

Após a avaliação ontológica da omissão e das suas diferenças em relação à ação, apresentou-se os requisitos necessários para caracterização da omissão juridicamente relevante na esfera penal, enfatizando a distinção entre duas categorias de omissão – as próprias e as impróprias, apresentando os principais elementos que compõem a estrutura dos denominados crimes omissivos impróprios.

Nesse panorama, a pesquisa cujo ponto fulcral é a de trazer à discussão as hipóteses de responsabilização penal do *compliance officer* por crimes de omissão imprópria nas organizações, enfrentou-se certos obstáculos pois ainda não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro a função de encarregado de vigilância (*compliance officer*).

Na busca do objetivo da pesquisa, a de definir a responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria, analisou-se a possibilidade do encarregado de vigilância (*compliance officer*) ser considerado como garante com deveres de agir para impedir o resultado típico: por lei, contrato ou por ingerência.

Em suma, conclui-se pelo não reconhecimento do *compliance officer* como garante por deveres de cuidado e de proteção, oriundos da lei, por ausência de previsão legal, pois sequer existe, de forma específica, a figura do *compliance officer*. Na aferição da responsabilidade penal do *compliance officer*, demonstrou-se a importância do *job description* como limitador

e definidor do escopo da atuação e da responsabilidade penal do *compliance officer*, levando em conta a possibilidade de ser considerado como garante de assunção, como detentor do poder de diagnóstico sobre informações relevantes, em especial o dever de comunicação à Alta Direção sobre denúncias da prática de ilícitos no âmbito corporativo, o que chega a compensar a ausência do seu poder diretivo na organização, concentrado nas mãos da Alta Direção. É importante ainda destacar que as suas ações compulsórias e as suas respectivas responsabilidades, devem previamente e taxativamente estarem dispostas expressamente no seu *job description* ou contrato de trabalho, para que não haja dúvida sobre o seu reconhecimento como garante por assunção. Com o dever de agir para evitar o resultado típico.

No referido contexto, observou-se também que a responsabilização penal do *compliance officer* não será automática, exigindo que seja realizada, além de uma análise formal do seu contrato de trabalho, contendo a descrição e os limites de sua responsabilidade na organização. A constatação fática do exercício da posição de garante. Apresentou-se, ainda, diversas hipóteses da posição de *compliance officer* como garante por assunção, evidenciando que a criação de uma empresa é uma fonte de risco lícita, cabendo aos dirigentes o exercício do dever de cuidado e o de agir para evitar lesões a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade.

Ressaltou-se, convém registrar, a importância do instituto da delegação, quando a alta direção transfere para o *compliance officer* os deveres de vigilância e supervisão, característica da gestão das empresas atuais, em virtude da multiplicidade de funções, com divisões de trabalho e de tarefas, bem como o volumoso fluxo de informações entre diversos colaboradores da organização.

Por seu turno, na aferição da responsabilidade penal por omissão do *compliance officer*, restou demonstrado ser fundamental avaliar os limites da delegação de poderes, para que se possa determinar as suas responsabilidades, pois via de regra, a alta direção não transfere o seu poder diretivo originário, característica do garante de proteção para terceiros, mantendo um dever residual relativo aos deveres de vigilância e supervisão.

Ainda, foi posto em discussão a vantagem do encarregado de vigilância de possuir as informações sobre a ocorrência de delitos por meio do canal de denúncias, detendo certo

monopólio das informações sobre *compliance* na organização, que apesar de não possuir o dever de agir para evitar o resultado típico, teria, em tese, um controle parcial sobre a fonte do perigo. A sua conduta de não reportar o fato ilícito à alta direção (garante de proteção), seria considerada penalmente relevante, caracterizando o garante por assunção, amoldando-se ao tipo penal do art. 13, §2º, b, do Código Penal brasileiro.

Enfrentou-se um grande desafio na doutrina, qual seja, a possibilidade do *compliance officer* ser considerado garante por ingerência, que poderá ser reconhecido quando a ação precedente realizada pelo *compliance officer* cria riscos próprios no âmbito da organização, desde que a referida ação não esteja taxativamente indicada no seu *job description* ou contrato de trabalho, pois, caracterizaria a posição de garante por assunção.

Em virtude das dificuldades na determinação da responsabilidade penal do *compliance officer* pela autoria de crimes de omissão imprópria praticados no âmbito e em benefício das organizações, em especial pela alta complexidade da estrutura empresarial, conforme exposto anteriormente, foi apresentada a teoria da cegueira deliberada para fundamentar a imputação penal ao *compliance officer*.

Nesse cenário, considerou-se o encarregado de vigilância como garante por derivação (delegado), tendo o dever de comunicar ao garante de proteção ou originário a prática dessas infrações e/ou da ocorrência de resultados típicos no âmbito do ente coletivo, para que sejam adotadas as medidas necessárias para evitação desses delitos. Frisou-se também que a teoria da cegueira deliberada poderá ser aplicada no caso concreto, quando o *compliance officer*, com livre vontade e consciente de seus atos, se coloca numa posição de estado de ignorância, e se abstém de querer tomar conhecimento das denúncias realizadas por colaboradores, desprezando a sua responsabilidade de avaliar a justa causa, e a de emitir um diagnóstico fiel sobre a denúncia comunicada, não reportando à Alta Direção a ocorrência de resultados típicos.

Com a finalização da presente pesquisa, em virtude da tendência mundial de concentração da gestão e da operação do programa de *compliance* na figura do *compliance officer*, como um dos pilares do sistema de autorregulação regulada, registrou-se a necessidade do legislador estabelecer em lei, os deveres e obrigações da função do encarregado de vigilância (*compliance officer*), criando tipos penais específicos de omissão

imprópria, de forma a prestigiar o princípio da legalidade e garantindo a segurança jurídica na aferição da sua responsabilidade penal no âmbito das sociedades empresárias.

Destarte, apesar do questionamento persistir, sobre quem vigia os vigilantes do âmbito corporativo, cabe ressaltar a relevância da referida pesquisa que busca a delimitação e individualização da responsabilização penal do *compliance officer* por crimes de omissão imprópria sob o enfoque de um direito penal garantista, objetivando assegurar o desenvolvimento harmônico e integrado das atividades corporativas desenvolvidas pelos colaboradores nas sociedades empresárias, de forma a garantir a efetividade de um programa de *compliance* na prevenção e mitigação de riscos da ocorrência de ilícitos penais.

## REFERÊNCIAS

ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de gestão antissuborno – requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, ABNT, p. 17.

AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Revista da EMERJ, v.3, n.10, 2000, p. 28.

ASCOM – ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE – El libro blanco de Compliance. p. 12.

BIERRENBACH, Sheila. Crimes. omissivos impróprios. Niterói: Ímpetus, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. São Paulo: Ed. RT, set. 2020, p. 132.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Crime comissivo por omissão. Revista Síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre: IOB, 2001, abril-maio, v. 2, nº 7, p. 16-17.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006. 203p. (Monografias; 37)

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

COSTA JR, Heitor. Teorias acerca da omissão. Revista de Direito Penal e Criminologia, Forense, V. 33, Rio, 1982, p. 61.

DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região, Brasília, v. 17, nº 6, p. 45.

ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEBRABAN – Guia: manual de boas práticas de compliance 2018. p. 25.

FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. A Responsabilidade Penal do Compliance Officer nas Organizações. 1 ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 15.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes Omissivos no Direito Brasileiro. Revista de Direito Penal e Criminologia, nº 33, Ed. Forense: Rio de Janeiro, Janeiro-Junho, p. 41-47.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2003. 3 v, p. 3.



GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 11ª ed, 2009, p. 179

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613437/artigo-141-da-constituicao-federal-de-10-de-novembro-de-1937>. Acesso em: 17/05/2021 às 12h.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/origem-caracteristicas-e-matizes-do-direito-penal-economico-sob-a-otica-de-fabian-balcarce/>. Acesso em 12/05/2021 às 10:44h.

<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/a-corrupcao-durante-o-regime-militar/>. Acesso em 14/05/2021 às 10:45h.

<https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/149654897/a-economia-como-bem-juridico-penalmente-protetido-o-contexto-historico-do-direito-penal-economico#:~:text=Em%20termos%20de%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal,ao%20bem%20jur%C3%ADdico%20da%20economia>. Acesso em 16/05/2021 às 12:49h.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista\\_de\\_empresas\\_envolvidas\\_na\\_Opera%C3%A7%C3%A3o\\_Lava\\_Jato](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_empresas_envolvidas_na_Opera%C3%A7%C3%A3o_Lava_Jato). Acesso em 14/05/2021 às 10:40h.

<https://www.liraatlaw.com/conteudo/compliance-officer-e-a-responsabilidade-penal>. Acesso em 05/11/2020 às 22:30h.

[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13479/13479\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13479/13479_4.PDF). Acesso em 05/11/2020 às 14:17h.

<https://www.verdeghaia.com.br/principios-da-iso-37001-19600-e-31001/>. Acesso em 12/05/2021 às 22:25h

<https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em 26/05/2021 às 17:39h.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 64, 2007, p. 30.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o problema da chamada cegueira deliberada. Tese de monografia para doutorado em Direito. Curitiba, 2017.

ISO 19600 – Sistema de gestão de compliance: diretrizes. Rio de Janeiro: ABNT, 2016, p. 8-9.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In el derecho penal económico en la era compliance. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.

LOPES, Luciano Santos. Conceito de direito penal econômico e sua pretensa autonomia. Disponível em <http://www.iamg.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=279>. Acesso em: 17/05/2021 às 23:37h.

MOURA, Bruno. A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação. Revista CCPG – CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão. Goiás. Ano XII, nº 21, 2009, p. 150.

MOURA, Raíssa Lima. A responsabilidade penal do compliance officer. Tese de monografia para bacharelado em Direito. Salvador, 2016.

NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del ‘corporate government’. In Revista de Derecho e Proceso penal. N. 11, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 445-446.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos politico-criminais das sanções penais econômicas do direito brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, políticos criminais e dogmáticas. 1ª ed. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1, p. 151.

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

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 759, 1988, p. 414.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa, Revista do Ministério Público, ano 38 nº 151 (Julho-Setembro 2017), p. 11-34.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico: uma política criminal na era de compliance. Coimbra, Almedina, 2019, p. 13-14.

SANTOS, Cláudia Cruz. “O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo”, publicado na obra “Temas de Direito Penal Econômico”, organizado por Roberto Podval, RT, São Paulo, 2000, p. 57.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As Posições de Garante na Empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. In Compliance e direito Penal. Coord. Fábio André Guaragni e Paulo César Busato; Org. Décio Franco David. São Paulo: Atlas, 2015, p. 186.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de acordo com a Lei 9.605/98. Revista dos Tribunais. Ed. RT: 1998, p. 42.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena a cultura do compliance. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. vol. 10, nº 02, 2017, p. 1032.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena a cultura do compliance. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. vol. 10, nº 02, 2017, p. 1036

SPINOLA, Luiza Moura Costa: “Criminal Compliance e a responsabilidade dos colaboradores da empresa”. 2017, p. 187.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. ver. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar crime (the uncut version). New Haven: Yale University Press, 1983, p. 7.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 15, p. 136.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. Lavagem de Capitais: fundamentos e controvérsias. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 106 – 128.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 35

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. Tradução livre. In: GONZÁLEZ, José Luis Cussac (coord.). La reforma de la justicia penal (estúdios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Madrid: Universitat Jaume I, 1997, p. 36