

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO**

CAMILA RODRIGUES FORIGO

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER*
NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: POSSIBILIDADE DE
IMPUTAÇÃO PENAL NA NORMATIVA BRASILEIRA**

**CURITIBA
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO**

CAMILA RODRIGUES FORIGO

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER*
NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: POSSIBILIDADE DE
IMPUTAÇÃO PENAL NA NORMATIVA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

**CURITIBA
2016**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

F721p
2016 Forigo, Camila Rodrigues
A posição de garantidor do *compliance officer* na atividade empresarial :
possibilidade de imputação penal na normativa brasileira / Camila Rodrigues
Forigo ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2016.
157 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2016
Bibliografia: f. 143-157

1. Responsabilidade penal. 2. Intervenção (Governo Federal). 3. Contratos.
4. Direito. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do
Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

CAMILA RODRIGUES FORIGO

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER*
NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: POSSIBILIDADE DE
IMPUTAÇÃO PENAL NA NORMATIVA BRASILEIRA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Banca Examinadora abaixo indicada:

Orientador: _____
Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

Examinador: _____
Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Examinador: _____
Prof. Dr. Fábio André Guaragni

Curitiba, 25 de fevereiro de 2016.

À minha mãe Eliane, pela dedicação da vida toda.

AGRADECIMENTOS

Cursar o mestrado não foi tarefa fácil. Foram dois anos de intensa dedicação e tenho certeza de que sozinha seria muito mais difícil.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais por sempre estarem tão presentes na minha vida e por me ensinarem que para ser feliz eu não preciso ser como os outros. Ao meu pai, Marlus, em especial, agradeço por me ensinar que não é preciso ser autoritária ou submissa, mas é sempre necessário ser justa. À minha mãe Eliane, agradeço por sempre ter as palavras certas a me dizer quando sequer eu sei o que preciso ouvir. O apoio e o incentivo de vocês foram essenciais.

Agradeço à minha mãe Marli por todo o carinho dispensado e por compreender os momentos de ausência. Aos meus irmãos, Eduardo, Allan e Carolina, por me apoiarem nessa fase e por entenderem que meu distanciamento era necessário. À Carolina, particularmente, agradeço por realizar diversas tarefas em meu lugar, permitindo-me ter mais tempo para o estudo.

Agradeço ao Rodrigo Muniz, Fernando Muniz e André Tubiana, sócios do Muniz Advogados, pelo suporte financeiro, investindo em mim mesmo me conhecendo tão pouco. Espero poder retribuir a confiança e a expectativa nessa nova fase que se inicia para a equipe. Em especial, agradeço ao Rodrigo Muniz, pela leitura paciente da minha pesquisa, pelas valiosas considerações, pelas conversas sempre enriquecedoras e pelo exemplo de profissional e de ser humano a ser seguido. Agradeço também a Carolina Raboni, Rodrigo Vicentini, Giliane Marek, Amália Baki e Marlene Joris por acompanharem pacientemente minha jornada durante esse período, por compreenderem meus momentos difíceis e por sempre estarem dispostos a me auxiliar.

Ao meu orientador, Rodrigo Sánchez Rios, pela orientação ativa, pelas “broncas” necessárias e por extrair de mim um potencial até então desconhecido. Ser orientada por um professor e advogado tão respeitado e tão culto foi uma verdadeira honra. Agradeço imensamente à equipe do seu escritório, sempre tão prestativa e atenciosa: Nelli, Guilherme, Allan e Josias.

Não poderia deixar de registrar meu agradecimento ao Professor Oksandro Gonçalves, coordenador do PPGD, que, apesar de ter sido o primeiro “carrasco” com o qual eu me confrontei no mestrado, foi uma pessoa fundamental para o meu

crescimento acadêmico e desenvolvimento pessoal. Foram suas palavras que, em um momento tão crucial, não me deixaram desistir.

Aos colegas Elói Pettechust, Suzana Perandre, Natália Brasil Dib, Carolina Motta e Rafael Guedes também dedico um especial agradecimento pelo auxílio em diversas oportunidades, pelo incentivo durante os árduos fichamentos e seminários e, principalmente, durante a confecção da dissertação: a dificuldade é menos dura quando compartilhada.

Às integrantes da Secretaria do PPGD, Eva Curelo e Daiane Kuster, agradeço por toda a atenção dispensada, pelo excelente atendimento prestado e pelo carinho durante esses dois anos.

Agradeço ao querido amigo Augusto Assis por dispor do seu precioso tempo para me auxiliar e por ter, em apenas uma conversa, iluminado o desfecho dessa pesquisa. Agradeço também aos amigos Daniel Laufer e Gustavo Scandelari pelo empréstimo e envio de valiosos materiais para estudo.

Agradeço, ainda, à querida Ana Paula Zauza, por ter me dado a força necessária para concluir essa etapa.

Por fim, agradeço a todos os amigos e familiares que compreenderam o meu afastamento, permanecendo ao meu lado e me apoiando durante esse período.

***“Quem tem fé na justiça sempre consegue,
a despeito mesmo dos astrólogos,
mudar o curso das estrelas.”***

Piero Calamandrei

RESUMO

A implementação da *criminal compliance* na estrutura empresarial enseja a divisão de responsabilidades e a assunção de uma nova posição de garantia pelo *compliance officer*, ao qual incumbe a elaboração e gestão do programa de conformidade nas empresas. A problemática penal que decorre da assunção dessa posição versa sobre a possibilidade de responsabilização por crimes não evitados no marco do programa vigente, cuja atribuição de evitação, em tese, era desse profissional. O estudo, nesse cenário, volta-se à análise dos instrumentos contidos na dogmática penal que fundamentam a responsabilização do *compliance officer*, com o objetivo de estabelecer determinados parâmetros para a imputação penal desse profissional, em consonância com os direitos e garantias individuais. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos. Em um primeiro momento, será estudado o contexto da sociedade ocidental globalizada em que a atividade econômica-empresarial está inserida, demonstrando que a empresa é um ambiente propício ao cometimento de delitos. Ainda nesse capítulo, serão indicadas algumas modalidades delitivas típicas da atividade empresarial, bem como os instrumentos normativos internacionais e nacionais destinados à prevenção e ao combate dessa criminalidade. Ao final do tópico, será verificada a incapacidade estatal na persecução de tais crimes e a necessidade de delegação de parte da atividade persecutória aos agentes particulares. No capítulo seguinte, analisar-se-á o *compliance* como parte de delegação dessa atividade, apontando-se os seus principais aspectos. Será também estudada a figura do *compliance officer* e quais as suas principais atribuições e competências, bem como a posição assumida diante da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção Empresarial. O terceiro e último capítulo destina-se à verificação do crime omissivo impróprio e a sua previsão no Código Penal Brasileiro, bem como os requisitos para punição nessa modalidade. Após, serão vistos alguns aspectos práticos da responsabilização do *compliance officer*, com a apresentação de algumas hipóteses relacionadas à atuação desse profissional. Por último, serão estudados os reflexos da *criminal compliance* na divisão da responsabilidade empresarial. Não há dúvidas de que o *compliance officer* pode ser responsabilizado penalmente no âmbito do programa de *criminal compliance* em virtude da posição de garantidor livremente assumida, mas essa responsabilidade não pode ser, de forma alguma, objetiva, devendo sempre ser sopesados os critérios existentes na dogmática penal para a sua responsabilização.

Palavras-chave: Intervenção do Estado. Empresa. *Compliance Officer*. Contrato. Responsabilização Penal.

ABSTRACT

The implementation of *criminal compliance* on the entrepreneurial structure provides an opportunity of division of responsibilities and the ascendancy of a new position guaranteed by *compliance officer*, who is responsible for the elaboration and management of the compliance program in the enterprises. The criminal problematic which occurs from the ascendancy of this position is about the possibility of liability by crimes not avoided in the framework of current program, which attribution of avoidance, in thesis, was of this professional. The research, in this backdrop, turns to the analysis of the instruments contained in criminal dogmatic which bases the liability to *compliance officer*, with the objective to establish certain parameters to the criminal imputation of this professional, in accordance with the rights and individual guarantees. For this purpose, the research was divided in three chapters. In a first moment, it will be studied the context of the globalised western society where the economic and entrepreneurial activity is inserted, demonstrating that the enterprise is a propitious environment to commit crimes. Still in this chapter, will be indicated some typical criminal modalities of the entrepreneurial activity, as well as the national and international regulatory instruments destined to prevention and to combat of this crime. In the end of this topic, will be verified the state's inability to prosecute these crimes and the necessity to delegate part of the persecutory activity to the private agents. On the next chapter, will be analysed the *compliance* as part of the delegation of this activity, pointing its main aspects. It will also be studied the figure of *compliance officer* and what are his main attributions and competencies, as well as the position taken before the Money Laundering Law and the Business Anti-corruption Law. The third and last chapter is concerned about the verification of improper crime of omission and the prediction in the Brazilian Penal Code, as well as the requirements for punishment in this modality. After that, it will be addressed some practical aspects about the liability to *compliance officer*, with the presentation of some hypotheses related to action of this professional. Finally, it will be studied the impact of *criminal compliance* in division of the entrepreneurial responsibility. There is no doubt that *compliance officer* shall be criminally liable within the scope of *criminal compliance* in virtue the position of guarantor freely assumed, but this responsibility cannot be, in any way, objective, the existing criteria must always being considered in the criminal dogmatic to its liability.

Keywords: State Intervention. Enterprise. *Compliance Officer*. Contract. Criminal Liability.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	8
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL.....	15
2.1 A ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO AMBIENTE CRIMINÓGENO: O CENÁRIO NO QUAL SE INSERE A EMPRESA E SUA REPERCUSSÃO NO MERCADO GLOBAL.....	15
2.1.1 A tipologia atinente à atividade empresarial.....	24
2.1.1.1 O crime de corrupção.....	25
2.1.1.2 Os crimes envolvendo procedimentos licitatórios.....	27
2.1.1.3 O crime de lavagem de dinheiro.....	32
2.1.2 Instrumentos normativos internacionais destinados à prevenção e repressão dos delitos empresariais.....	34
2.1.3 A repercussão da normativa internacional na legislação pátria.....	40
2.1.3.1 A Lei de Lavagem de Dinheiro.....	42
2.1.3.2 A Lei Anticorrupção Empresarial.....	43
2.2 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE.....	49
3 A ESTRUTURA DA CRIMINAL COMPLIANCE E A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO COMPLIANCE OFFICER.....	56
3.1 COMPLIANCE E CRIMINAL COMPLIANCE: O PAPEL DESEMPENHADO NA ATUAL ESTRUTURA DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS-EMPRESARIAIS.....	56
3.1.1 Características do programa de <i>criminal compliance</i>	61
3.1.1.1 Políticas, controles e procedimentos.....	62
3.1.1.2 Compromisso e envolvimento da alta administração.....	63
3.1.1.3 Delimitação dos âmbitos de competência.....	65
3.1.1.4 Código de Ética e de Conduta.....	65
3.1.1.5 Mapeamento e análise de riscos.....	66
3.1.1.6 Diligência prévia (<i>due diligence</i>).....	67
3.1.1.7 Seleção, instrução e treinamento contínuo dos empregados e dirigentes.....	67
3.1.1.8 Revisão e aprimoramento contínuo.....	68
3.1.1.9 Canal de denúncias.....	69
3.1.1.10 Independência do programa e alocação de recursos.....	70
3.1.1.11 Investigação.....	71
3.1.1.12 Medidas internas de monitoramento e de sanção de abusos e infrações.....	72
3.1.1.13 Controle e avaliação interna e externa do programa.....	73
3.1.1.14 Outros aspectos relevantes da <i>criminal compliance</i>	75
3.1.2 Distinção entre <i>compliance</i> e leniência.....	76
3.2 A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO COMPLIANCE OFFICER NA ESTRUTURA EMPRESARIAL.....	79
3.2.1 Papel de garante originário do empresário.....	81
3.2.2 A configuração do princípio da confiança no exercício das posições de garantia.....	85
3.2.3 Deveres assumidos pelo <i>Compliance Officer</i>	88
3.3 A DIMENSÃO DO COMPLIANCE OFFICER DIANTE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI Nº 9.613/1998) E DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI Nº 12.846/2013).....	93
4 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER.....	99

4.1 A RESPONSABILIZAÇÃO DO GARANTIDOR PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	99
4.1.1 Crimes omissivos	102
4.1.1.1 Crimes omissivos próprios	104
4.1.1.2 Crimes omissivos impróprios	105
4.1.1.2.1 A assunção material da posição de garantia	107
4.1.1.2.2 A imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios	110
4.2 ELEMENTOS PRÁTICOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER	116
4.2.1 Hipóteses relacionadas à atuação do <i>compliance officer</i>	120
4.2.1.1 Quando descumpre intencionalmente os seus deveres	120
4.2.1.2 Quando é negligente	123
4.2.1.3 Quando não lhe são conferidos meios próprios para atuação	125
4.2.1.4 Quando são cometidos crimes que não guardam relação com a atividade empresarial	127
4.2.1.5 Quando o programa é eficiente e atua adequadamente	128
4.2.1.6 Quando comunica a alta administração, a qual opta por não atuar, ou nos casos de crimes praticados por órgão superior	129
4.3 REFLEXOS DA CRIMINAL COMPLIANCE NA DIVISÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL	131
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	143

1 INTRODUÇÃO

A globalização caracteriza-se, dentre outros aspectos, pela evolução tecnológica, pelo rompimento das fronteiras e pela rápida transferência de informações a nível global¹. Esses elementos colaboraram para a alteração do perfil da criminalidade, pois as empresas, nesse cenário interconectado, representam um ambiente propício ao cometimento de crimes. Não é por menos que alguns autores tratam o ambiente empresarial como um ambiente criminógeno².

Há, então, ao lado da criminalidade tradicional, o desenvolvimento de uma nova criminalidade, praticada geralmente por pessoas instruídas, com *status* social elevado e que utilizam os instrumentos tecnológicos para praticar os ilícitos e, ao mesmo tempo, encobri-los. Tais crimes ainda se diferenciam dos crimes clássicos porque, em sua maioria, envolvem grandes cifras monetárias, atingindo não só a pessoa (física ou jurídica) diretamente afetada, mas também – ainda que de modo reflexo – o Estado, os cidadãos, a democracia, a paz social e a crença nas instituições.

A problemática dessa criminalidade, além dos graves efeitos, reside na persecução penal, pois os órgãos da polícia judiciária não são dotados da capacidade para preveni-los, detectá-los e repreendê-los. Referida dificuldade está atrelada à tecnologia e à transnacionalidade que caracterizam esses crimes. Por outro lado, restam incisivas as dificuldades no tocante à identificação da autoria, pois é a estrutura empresarial que torna possível a dissolução de responsabilidades.

Esse contexto é palco para a hipercriminalização de condutas³, com a ampliação do rol dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, para uma indevida

¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

² Cf. PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. La Intervención Delictiva del Compliance Officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 171-205. p. 174-175.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades Individuales em estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Atelier: Barcelona, 2013. p.265-286. p. 278-280.; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. p. 4. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

³ KNOPFHOLZ, Alexandre. A vilanização do empresário e suas consequências jurídico-penais. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 5-18, fev./mar. 2011. p. 10.

flexibilização de determinadas garantias processuais penais⁴, bem como para a delegação de atribuições por parte do poder público aos particulares. Cada uma dessas consequências apresenta uma série de particularidades a serem analisadas pela dogmática penal sob a perspectiva da política criminal para evitar qualquer deturpação quanto à criminalização de eventuais condutas, pois é sabido que a penalização, apesar de necessária, sempre deve ser justa e conforme as garantias constitucionais de cada sistema jurídico. Como o espaço do presente trabalho não é suficiente para discutir essa gama de repercussões da nova criminalidade, o recorte temático do estudo centralizar-se-á no último item.

No tocante à delegação de atribuições ao particular, impende observar que o Estado estimula a adoção de determinados mecanismos de prevenção às empresas, a fim de que atuem em paralelo com a atividade estatal de persecução penal. As empresas, por meio da concessão de benefícios ou da imposição de determinadas obrigações, passam a atuar juntamente com o poder público na prevenção de crimes, na investigação no caso de eventual ocorrência de ilícitos, na comunicação às autoridades públicas e no fornecimento de provas para eventual ação penal. Com isso, a atividade de controle não é mais de exclusividade estatal, mas sim de um conjunto de atores sociais e econômicos⁵.

A essa colaboração empresarial dá-se o nome de *compliance*, cujo nome origina-se do verbo inglês *to comply*⁶, que, mais do que um sistema de prevenção, corresponde a uma forma de gestão empresarial que visa à inclusão de valores éticos, de solidariedade e de cumprimento à lei aos envolvidos na atividade empresarial.

A *criminal compliance*, denominação específica do programa voltado à vigilância criminal, é gerido por uma pessoa com atribuições específicas para tanto. Trata-se do *compliance officer*, responsável, em linhas gerais, pela implementação, gestão e desenvolvimento do controle, assim como pela apuração e comunicação ao empresário ou à alta administração dos ilícitos eventualmente praticados. Esse profissional assume a posição de garantidor do adequado funcionamento do programa referente à prevenção de ilícitos.

A incerteza que decorre é se, ocorrendo crimes no interior da empresa que possui um programa de *criminal compliance* instaurado, poderá o *compliance officer*

⁴ BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 505.

⁵ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 370.

⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 75.

vir a ser responsabilizado por um crime de terceiro que não evitou. Em outras palavras: pode o *compliance officer*, na posição de garante, ser responsabilizado por um crime omissivo impróprio com base no art. 13, §2º do Código Penal? E, sendo possível a responsabilização, quais os fundamentos necessários para a imputação penal?

Essas são as questões a serem analisadas na presente dissertação. Desde já, explica-se que a dogmática penal fornece elementos suficientes para a responsabilização penal desse profissional com base no dispositivo acima citado. Entretanto, essa responsabilização não pode ser automática, isto é, não pode o *compliance officer* sempre ser responsabilizado por um crime que não evitou. Apesar de o cenário ser propício para a responsabilização de pessoas que ocupam uma posição de garantia, a responsabilização sempre deverá ser casuística, com a análise de todas as elementares penais atinentes ao caso.

O objetivo da pesquisa volta-se, portanto, ao fornecimento de elementos dogmáticos ao intérprete da lei penal para a responsabilização desse profissional para evitar que venha a ser responsabilizado de forma objetiva, o que absolutamente se repele. Não se pode permitir, como leciona Schünemann⁷, que ocorra um “abandono de princípios jurídico-constitucionais irrenunciáveis por causa de uma irreflexiva criminalização”.

Para o estudo da temática, o marco teórico eleito foi a obra da autora espanhola Raquel Montaner Fernández, intitulada “Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental”⁸. A escolha da obra justifica-se por duas razões.

Primeiramente, referido estudo define claramente os elementos relativos à forma de organização e estrutura empresarial, de gestão empresarial e das atribuições primárias do empresário, apresentando os traços característicos da atividade empresarial. Malgrado, nesse texto, as questões relativas à *compliance* não tenham sido apresentadas, é possível visualizar, por meio da obra, exatamente de que forma o *compliance* se encaixa dentro da estrutura empresarial.

A segunda razão de a obra ser escolhida como marco teórico diz respeito à explicação de como se desenvolve a hierarquia no ambiente empresarial, de como

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução de Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, tomo 41, p. 529-558, fev. 1988. p. 532. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 06 out. 2015. (tradução nossa)

⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

se delegam as funções e, principalmente, quais são os efeitos da delegação, o que é fundamental para compreender o papel assumido pelo *compliance officer*.

Sob esse amparo teórico, foi possível estruturar o estudo em três capítulos.

No primeiro capítulo, analisa-se o cenário em que a atividade empresarial atualmente se desenvolve, explicando-se brevemente as características da globalização e a sua repercussão no mercado global. São também apontados os fatores que possibilitam a classificação da empresa como um ambiente criminógeno e qual é a tipologia atinente à atividade empresarial.

Na sequência, são relacionados os principais instrumentos internacionais e nacionais destinados ao combate a essa criminalidade. Ao final do capítulo, verifica-se a questão relativa à delegação de atribuições ao particular.

O segundo capítulo volta-se à estrutura do *compliance* e as suas principais características. Após, a pesquisa centra-se nas atribuições do *compliance officer*, na delegação de poderes por parte do empresário e qual é a sua dimensão diante da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção Empresarial.

No terceiro e último capítulo, analisam-se os elementos necessários para a responsabilização com fundamento no art. 13, §2º do Código Penal, estudando-se detidamente a temática relativa aos crimes omissivos impróprios. Em seguida, são observados os aspectos práticos para a responsabilização penal desse profissional, trazendo-se algumas hipóteses relacionadas à sua atuação para ilustrar as formas de resolução da problemática. Ao final, verificam-se quais são os reflexos da *criminal compliance* na divisão da responsabilidade empresarial.

Ciente de tratar-se de uma temática em constante desenvolvimento, inexistente a pretensão de esgotar toda a discussão vertida em matéria de *compliance*. Inexiste, igualmente, a pretensão de estabelecimento de uma regra geral para a responsabilização do *compliance officer*, voltando-se a pretensão da pesquisa à fixação de parâmetros legais para a imputação penal desse sujeito por crimes não evitados.

2 O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

2.1 A ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO AMBIENTE CRIMINÓGENO: O CENÁRIO NO QUAL SE INSERE A EMPRESA E SUA REPERCUSSÃO NO MERCADO GLOBAL

A sociedade ocidental do final do século XX e início do século XXI é caracterizada pela ocorrência de diversas transformações históricas, econômicas e sociais que ensejaram a atual forma de condução das relações econômicas, políticas e sociais. Tais modificações decorrem fundamentalmente da denominada globalização.

Apesar de não pretender maior aprofundamento dessa temática, é necessário o esclarecimento de algumas questões para contextualizar o cenário no qual a atividade empresarial será analisada neste trabalho.

A globalização pode ser definida como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁹. Assim, ocorrências em um determinado ambiente são influenciadas por fatores mundiais, tais como o dinheiro mundial e o mercado de bens¹⁰.

Esse fenômeno enseja fluxos mundiais intensos que interconectam cada vez mais Estados e sociedades através de sistemas e redes de interações, reduzindo limitações espaciais e geográficas. Com isso, a organização social, política e econômica, bem como os processos jurídicos e sociais ocorrem de uma forma integrada ao redor do globo¹¹.

Saldivia explica que, para a corrente doutrinária dos transformacionistas, a globalização implicou mudanças significativas na autoridade e no trabalho do Estado e em sua relação com outros Estados ou sistema internacional, de modo que os Estados continuam sendo atores relevantes, mas há outras formas de governo ou autoridade no mundo, como as corporações, os movimentos sociais transnacionais e as agências

⁹ GIDDENS, 1991, p. 69.

¹⁰ Ibid., p. 70.

¹¹ SALDIVIA, Laura. El derecho y la soberanía en la Globalización. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. **Estado, soberanía y globalización**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 19-63. p. 24-25.

reguladoras internacionais¹². Com isso, ao mesmo tempo em que os Estados se inter-relacionam, há uma dispersão das sociedades, das economias, das instituições de governo e da ordem mundial, o que impossibilita prever e controlar o rumo que a ordem econômica mundial irá tomar¹³.

Capra¹⁴ elucida que esse processo decorre de um capitalismo caracterizado pela globalidade das principais atividades econômicas que têm como principais fontes de produtividade e competitividade a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações.

Segundo o autor, nesse mercado, estruturado em torno de redes de fluxos financeiros, não há verdadeiramente um mercado, mas “uma rede de máquinas programadas para agir segundo um único valor – ganhar dinheiro por ganhar dinheiro – à exclusão de todos os outros”.¹⁵ Nesse “novo” mercado, portanto, os esforços produtivos voltam-se exclusivamente aos lucros.

As empresas, nesse panorama, adotaram uma política agressiva de obtenção de subsídios financeiros¹⁶ e se internacionalizaram à procura de vantagens competitivas e novas formas de associação surgiram (por meio de fusões, aquisições, incorporações) em busca da grande concentração de poder¹⁷.

O capitalismo como uma economia de mercado orientada em função do lucro, do aumento e da acumulação do capital¹⁸, acentua-se nesse contexto globalizado. Nesse ponto, caracteriza-se o que Ferguson¹⁹ denomina de “a grande degeneração”, em que prevalecem os interesses corporativos e individuais em

¹² SALDIVIA, 2010, p. 28-30.

¹³ Ibid., p. 29-30. Importante destacar que essa imprevisão acerca do futuro não ocorre tão somente na ordem econômica. A característica da sociedade atual é um âmbito econômico rapidamente variante, com o aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo. Ao lado desses novos avanços surgem também novos problemas e conflitos decorrentes da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. O crescimento das forças produtivas no processo de modernização desencadeia a produção de riscos e potenciais de ameaça jamais conhecidos anteriormente, decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. Os riscos atuais já não estão mais vinculados ao local em que foram gerados, mas são capazes de ameaçar a vida no planeta, inclusive as gerações que ainda estão por vir. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.; BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 23.

¹⁴ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 135.

¹⁵ Ibid., p. 140.

¹⁶ Ibid., p. 150.

¹⁷ PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste. **O século XX: o tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 228-266. Vol. II. p. 263.

¹⁸ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 28.

¹⁹ FERGUSON, Niall. **A grande degeneração: a decadência do mundo ocidental**. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013. p. 114-115.

detrimento de interesses coletivos, do sistema e, principalmente, das leis e instituições.

De acordo com o autor, a sociedade ocidental atual encontra-se em um estado estacionário em virtude da maior parte dos salários dos trabalhadores ser baixa e por conta da exploração do sistema jurídico e administrativo pela “elite corrupta e monopolista”²⁰ em benefício próprio. Os pobres ou proprietários de pequenos capitais são oprimidos para que os ricos possam monopolizar o mercado e obter grandes lucros²¹.

Dentre as causas elencadas por Ferguson para justificar essa atual conjuntura, destaca-se a extinção da vida associativa, em que os homens convivem apenas no seu pequeno círculo familiar e social, procurando a satisfação de seus pequenos prazeres e ignorando a existência de seus concidadãos²². Esse individualismo, aliás, é fomentado pelo próprio Estado, que, ao assumir o encargo de regulador da vida social²³, acaba por desestimular a associação entre os cidadãos²⁴.

O autor também elenca como uma das causas para a degeneração a inexistência de um sistema de prestação de contas transparente e regular por conta do governo e das instituições. Esclarece que o sistema atual é fraudulento, que não apresenta balanços oficiais precisos e de forma regular, que os passivos são omitidos e os demonstrativos financeiros existentes não são confiáveis²⁵. Para Ferguson, isso é completamente irresponsável e impede a existência de qualquer negócio legítimo²⁶.

Logo, fica claro o cenário atual no qual as empresas atuam: um cenário globalizado, marcado pela busca incessante pelo lucro, pela falta de transparência e pelo individualismo.

²⁰ FERGUSON, 2013, p. 14.

²¹ Ibid., p. 14-15.

²² Ibid., p. 95.

²³ Com a crise do Estado do Bem-Estar Social e com a globalização – que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais –, o papel a ser desempenhado pelo Estado no início dos anos 90 adquiriu novas feições. O poder público abandonou o papel de condutor direto do desenvolvimento econômico e social para assumir a função de regulador e facilitador do desenvolvimento social. Essa nova feição estatal é marcada, principalmente, pelo ajuste fiscal, pela privatização e pela abertura comercial (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, 34, 1998. p. 33/43). Na ordem econômica, a função estatal passa a ser a criação de condições para manter em funcionamento o mercado e eliminar os fatores e distorções que os perturbam, a fim de garantir a correta execução dessa ordem. (MOREIRA, 1978, p. 106-107).

²⁴ FERGUSON, op. cit., p. 96.

²⁵ Ibid., p. 41.

²⁶ Ibid., p. 41.

Isso propicia, em paralelo, o surgimento de uma economia criminosa globalizada em que, tal qual as relações comerciais legítimas, o crime passa a estar interligado em rede, afetando as atividades econômicas e políticas no mundo inteiro²⁷.

Portanto, ao lado da criminalidade tradicional, há uma delinquência econômica que aumentou exponencialmente em virtude da abertura das economias, da redução das distâncias, das comunicações instantâneas, das facilidades e liberdades de trânsito de pessoas e capitais, bem como dos avanços tecnológicos colocados a serviço da moderna criminalidade²⁸. Além de a delinquência dolosa tradicional adquirir novas características a partir da adoção de novos instrumentos para produzir resultados lesivos, surgem novas modalidades delitivas que se projetam nos espaços criados pelo desenvolvimento da tecnologia²⁹, o que ocasiona, inevitavelmente, alterações na política criminal da sociedade e criação de novos tipos penais.

O delito econômico, na visão de Tiedemann³⁰, afeta a ordem econômica estatal em seu conjunto, interferindo no fluxo da economia nacional. No mesmo sentido, Gonzalez³¹ entende que se configura essa modalidade delituosa quando o ato viola o interesse do Estado na integridade e conservação de seu sistema econômico e afeta a estrutura econômica do país.

O bem jurídico tutelado pela criminalização dessas condutas é supraindividual, concretizando-se na ordem pública econômica, enquanto que o sujeito passivo é pessoalmente indeterminado, ou, sendo determinado, afeta um grande número de pessoas³².

Interessante destacar que o ato típico comumente é praticado por empregados de firmas comerciais ou pelos próprios empresários no exercício do cargo ocupado³³. Assim, diversamente da criminalidade tradicional, a criminalidade econômica é praticada por pessoas que ostentam uma posição social e *status* mais elevados. É por essa razão que Tiedemann³⁴ caracteriza essa infração como fruto do

²⁷ CAPRA, 2002, p. 147.

²⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 31.

²⁹ SILVA SANCHEZ, 2011, p. 36.

³⁰ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 10, p. 59 – 68, 1983. p. 60. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/05052013/dp-dpe-concepto_DPE.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

³¹ GONZÁLEZ, Ventura. **Nociones generales sobre derecho penal económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. p. 22.

³² Ibid., p. 24-25.

³³ TIEDEMANN, op. cit., p. 60.

³⁴ TIEDEMANN, loc. cit.

abuso de confiança socialmente exigível na vida econômica, por meio de condutas que contradizem o comportamento do correto comerciante e que lesam interesses individuais e a correlata ordem econômica.

A conceituação dos delitos econômicos, de acordo com Martínez-Buján Pérez³⁵, pode ser feita por dois critérios: o critério amplo e o critério estrito.

A categoria do conceito estrito dos delitos econômicos abrange todas aquelas infrações que atentem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia, isto é, compreende todas as infrações que se identificam com o denominado direito penal administrativo econômico³⁶.

O conceito amplo, por sua vez, inclui as infrações que violam os bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, se não afetam diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, ultrapassam a dimensão do patrimônio particular. Isso significa que se tratam de bens de conteúdo econômico ou de interesses de amplos setores ou grupos de pessoas³⁷.

Independentemente do conceito adotado, o perfil dessa criminalidade corresponde a crimes de cunho econômico, organizados e praticados por membros de classes sociais mais elevadas, que se aproveitam de seus cargos e ocupações para aumentar as suas rendas por meio de práticas ilegais, valendo-se de técnicas criminosas mais complexas e sofisticadas, como, por exemplo, a internet e a dissimulação dos aparatos tradicionais³⁸.

A maior parte desses delitos se executa através de uma pessoa jurídica³⁹ e é capaz de gerar grandes perdas econômicas para as corporações⁴⁰, porém, há diferentes formas de se constatar essa criminalidade na estrutura empresarial, sendo essencial que se diferenciem os conceitos de criminalidade na empresa, criminalidade de empresa e empresa ilícita.

Conforme Estellita⁴¹, a criminalidade na empresa é a oriunda daqueles crimes praticados por membros da equipe da empresa contra ela própria (ou praticados por particulares contra outros membros particulares da empresa), ao passo em que a criminalidade de empresa consiste na inserção de condutas ilícitas dentro da política de uma empresa que é, no restante, lícita. Nessa última modalidade, as

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 94.

³⁶ Ibid., p. 94-95.

³⁷ Ibid., p. 95.

³⁸ VAZ; MEDINA, 2012, p. 33.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 488.

⁴⁰ PASTOR MUÑOZ, 2006, p. 3.

⁴¹ ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

consequências delitivas se manifestam no exterior da empresa, atingindo bens jurídicos de terceiros⁴².

Em ambas as modalidades, os crimes são praticados, majoritariamente, de forma eventual, no contexto de sociedades empresárias que desenvolvem atividades econômicas lícitas, por pessoas físicas que atuam no contexto e em benefício da empresa⁴³. O delito não é a essência ou a razão de ser do funcionamento da empresa, mas tão somente um fato excepcional, podendo ser, por exemplo, o resultado de uma má-gestão empresarial⁴⁴.

Do ponto de vista analítico, a delinquência de empresa apresenta os seguintes traços gerais⁴⁵: a) configura um delito interno à empresa que, pela natureza da agressão antijurídica, enseja uma infração pública; b) o fundamento do fato antijurídico é uma quebra das expectativas de fidelidade, isto é, estar-se-á perante um delito de deslealdade no qual uma das partes protagoniza um abuso de confiança; c) o *modus operandi* do autor pretende ser despercebido do controle; d) em algumas ocasiões, o delito é praticado de forma fragmentada pelo autor e continuada no tempo, de modo que o delito aparentemente é insignificante quando visto de forma isolada; e) o delito apresenta consequências sociais e econômicas muito graves, apesar de o dano ser, muitas vezes, dificilmente objetivável ou identificável; f) é um delito sem vítima aparente ou dificilmente identificável⁴⁶.

Por sua vez, a empresa ilícita constitui uma reunião em caráter estável e permanente (não necessariamente perpétuo) de seus membros, cuja finalidade é perpetrar uma série de crimes para obter vantagens de qualquer natureza⁴⁷.

Segundo Blanco Cordero⁴⁸, o delinquente organizado é um empresário e a organização atua como uma autêntica empresa criminal, que assume os modelos e

⁴² PASTOR MUÑOZ, 2006, p. 3.

⁴³ ESTELLITA, 2009, p. 29.

⁴⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 30.

⁴⁵ Importante observar a visão de Montaner Fernández (2008, p. 35-36), para a qual a realização de um delito socioeconômico é resultado da interação de vários sujeitos dentro de estruturas organizadas estáveis que operam no mercado. Desse modo, há um vínculo entre o progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, sustentando a autora que tanto a criminalidade econômica como a criminalidade organizada são fenômenos associados à “expansão do direito penal”.

⁴⁶ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa: a proposito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP). **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. p. 8. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29. Estellita (2009, p. 30-31) ainda apresenta como organização criminosa aquela hipótese em que a origem societária foi legítima e possuía fins econômicos lícitos, porém, as finalidades se desviaram dos objetivos originários, passando a empresa a atuar tão somente como ilícita, configurando uma associação voltada exclusivamente à prática de crimes.

estruturas próprias do mundo da indústria e dos negócios. A organização é estruturalmente ordenada e caracterizada pela clara divisão de tarefas com a finalidade de praticar crimes, ainda que de modo informal⁴⁹.

As organizações criminosas – punidas pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013⁵⁰ – possuem uma orientação empresarial e capitalista, trabalham segundo critérios econômicos e voltam suas atividades para a demanda de bens e serviços ilegais, com a finalidade de obter lucro. Pode-se falar, de acordo com Blanco Cordero⁵¹, de uma indústria do crime, de empresas criminais e, tratando-se de empresas com caráter transnacional, de multinacionais do crime.

Todavia, o foco da presente dissertação não está voltado à análise dessas empresas destinadas a fins ilícitos, mas, sim, para o estudo daquelas empresas com finalidades e atividades lícitas e legítimas que acabam, incidentalmente, tendo crimes praticados em seu interior.

Nesse sentido, vale observar que a atuação no marco de uma corporação propicia o risco de que apareçam condutas desviantes por parte de seus diretores e empregados, circunstância caracterizada como “atitude criminal de grupo”⁵², sendo correto afirmar que a empresa, no cenário globalizado descrito no início desse tópico, constitui um ambiente propício ao cometimento de delitos.

De acordo com Palermo e Bermejo⁵³, isso ocorre porque a incorporação de indivíduos a um grupo reduz os mecanismos inibitórios de seus membros. A volatilização do sentimento de responsabilidade individual existente no ambiente empresarial motiva os agentes a praticarem condutas criminosas que, provavelmente, não desenvolveriam individualmente.

⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Union Europea) relativos al crimen organizado: la definición en la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación criminal y los problemas de la Ley Penal en el espacio. p. 21. **AIDP – Asociacion Internacional de Derecho Penal**, [199?]. Disponível em: <<http://aidpespana.uclm.es/pdf/criminalidad/iblanco.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁴⁹ BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 26-29.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

⁵¹ BLANCO CORDERO, op. cit., p. 21.

⁵² PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 174-175.

⁵³ PALERMO; BERMEJO, loc. cit.

Essa volatilização ocorre em virtude da neutralização de juízos morais que corresponde, por exemplo, à existência de uma cultura empresarial criminógena⁵⁴. Decorre também da dificuldade existente para imputar responsabilidade jurídica – penal ou não – aos múltiplos intervenientes no processo de produção da lesão de bens jurídicos, o que enseja a difusão de responsabilidades, o desaparecimento do risco e a fragmentação da informação⁵⁵.

Complementando essa visão acerca da empresa como ambiente criminógeno, Pastor Muñoz⁵⁶ apresenta três causas que justificam o crescimento da criminalidade empresarial: a estrutura da empresa; a subcultura empresarial e os próprios diretores.

Relativamente às causas com origem na estrutura empresarial, em primeiro lugar, pode ser identificado o ambiente empresarial que oferece oportunidades de delinquir, como ocorre quando a empresa está desenhada de tal maneira que careça de mecanismos de controle suficientes. As possibilidades de delinquir ainda aumentam quando se somam a esses fatores os fenômenos da internacionalização, do desenvolvimento tecnológico e da sofisticação da economia.⁵⁷

No tocante às causas vinculadas à subcultura empresarial destaca-se, primeiramente, a crise de valores na empresa. Como visto, a economia nutre um modelo em que os valores de solidariedade e de consideração com os demais são ausentes e, concomitantemente, são fomentados o egoísmo e a busca de seus próprios interesses. Essa crise de valores não alimenta a obediência ao direito, o qual pode ser visto como um obstáculo à liberdade econômica. Tem-se também a relativização das normas jurídicas que incidem na atuação empresarial pelos seus principais destinatários, que passam a observá-las apenas em contextos específicos ou quando as circunstâncias assim exigem⁵⁸.

⁵⁴ Nesse aspecto, Silva Sánchez e Varela (2013, p. 278-280) esclarecem que a atuação individual dentro de uma coletividade é influenciada pela atitude daqueles sujeitos integrados ao grupo, de modo que determinadas estratégias racionalizadas para a difusão de práticas ilegais, como “um bom negócio o exige”, “todo mundo faz” ou “o negócio é o negócio” pode relativizar ou anular o processo de percepção cognitiva da conduta ilícita. Os sujeitos, mesmo que tenham conhecimento da valoração negativa dessa atuação pelo direito, atuam, por exemplo, sob a convicção de que protegem os interesses da empresa e de que são solidários ao grupo. Os autores denominam essa situação de “atitude criminógena de grupo” e explicam, ainda, que as estruturas hierárquicas exercem uma intensa influência implícita sobre a forma de pensar dos subordinados.

⁵⁵ PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 174-175.

⁵⁶ PASTOR MUÑOZ, 2006, p. 4.

⁵⁷ PASTOR MUÑOZ, loc. cit.

⁵⁸ Ibid., p. 5.

Portanto, o cenário no qual os membros da empresa se relacionam, isto é, a lógica do mundo empresarial e os códigos de conduta existentes estão diretamente relacionados ao cometimento de um delito empresarial⁵⁹.

Quanto às causas advindas dos próprios diretores, tem-se a subcultura empresarial e o conhecimento das oportunidades de delinquir que a estrutura da empresa oferece⁶⁰. Nessa hipótese pode ser citada a exigência de que os empregados cumpram certas metas que somente podem ser alcançadas desrespeitando-se a lei, assim como regramentos internos ou decisões como promoções e aumentos de salários que, aparentemente, não se relacionam com atividade ilícita alguma⁶¹.

Um fenômeno que também torna a empresa um ambiente propício ao crime é o *risk shifting*, em que os diferentes sujeitos que operam na empresa pretendem fazer desaparecer o risco jurídico através dos outros: os sócios repassam a responsabilidade aos administradores, que, por sua vez, a repassam aos escalões hierárquicos mais baixos. Logo, a responsabilidade individual se localiza em níveis mais baixos dentro da estrutura hierárquica empresarial⁶².

Por fim, existem os problemas de circulação dos fluxos de informação dentro da empresa, pois a divisão do trabalho impede que a informação flua, não coincidindo na mesma pessoa os requisitos de conhecimento e de poder de decisão que permitem imputar a responsabilidade pelo fato⁶³.

Outro fator que também pode levar à prática de atividades ilícitas é o escasso ou deficiente controle que propicia a existência de oportunidades para esse tipo de conduta⁶⁴.

Após essa análise, torna-se nítida a forma como a articulação da sociedade globalizada, voltada ao lucro e ao individualismo, reflete no âmbito da atividade empresarial.

Entretanto, não se está a afirmar que todas as empresas serão, inevitavelmente, alvo de crimes em seu interior, mas sim que a empresa, por si só, representa um ambiente propício para o cometimento de delitos, eis que tanto o empresário quanto os funcionários estão inseridos em um contexto global em que se

⁵⁹ AGUSTINA SANLLEHÍ, 2009, p. 7-8.

⁶⁰ PASTOR MUÑOZ, 2006, p. 5.

⁶¹ PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 174. Cf. nota 54 deste capítulo.

⁶² Ibid., p. 175.

⁶³ PALERMO; BERMEJO, loc. cit.

⁶⁴ MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242. p. 223.

privilegia o lucro e o poder em detrimento de valores coletivos, além de outros fatores analisados que também são favoráveis à realização de atividades ilícitas.

Com isso, torna-se importante verificar quais são os crimes que podem vir a ocorrer no interior das empresas.

2.1.1 A tipologia atinente à atividade empresarial

Os crimes que podem ser cometidos no seio da atividade empresarial – no campo dessa denominada delinquência econômica – e que geram consequências lesivas não só à empresa, mas também à sociedade de um modo geral, são vários.

Dentre os crimes econômicos contidos no Código Penal podem ser citados o crime de estelionato, disposto no artigo 171, os crimes de corrupção ativa e passiva, descritos nos artigos 317 e 333, os delitos contra as finanças públicas, previstos nos artigos 359-A a 359-H, e os delitos contra a previdência social, contidos nos artigos 168-A e 337-A.

Na legislação esparsa, convém ressaltar os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei Federal nº 7.492, de 16 de junho de 1986), os crimes praticados em licitações (Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e a lavagem de dinheiro (Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, com as alterações incluídas pelas Lei Federal nº 12.683, de 9 de julho de 2012)⁶⁵.

Dentre os crimes listados, alguns merecem especial destaque por se tratarem de crimes que geralmente envolvem vultosas quantias de dinheiro, que causam grandes prejuízos à Administração Pública e à sociedade em geral, interferindo fortemente na ordem econômica, e por serem aqueles cuja lei brasileira determina uma atuação preventiva para evitá-los. São eles: a corrupção, os crimes envolvendo procedimentos licitatórios e a lavagem de dinheiro⁶⁶.

⁶⁵ Vale ressaltar que os crimes ora elencados são apenas a título exemplificativo, não se pretendendo abranger todos os delitos econômicos previstos na ordem jurídica brasileira, em virtude de não ser esse o foco do presente trabalho. Destaque-se também que mesmo a análise dos tipos penais da corrupção, dos crimes licitatórios e da lavagem de dinheiro será objetiva, apresentando-se apenas as principais características de cada tipo, não visando esgotar a temática.

⁶⁶ Importante observar que tanto a Lei de Lavagem de Dinheiro quanto a Lei Anticorrupção Empresarial, como será explorado mais adiante no tópico 2.1.3, estabelecem mecanismos de prevenção para evitar a prática de crimes de lavagem de dinheiro, corrupção de servidores públicos nacionais e estrangeiros

2.1.1.1 O crime de corrupção

A corrupção consiste, essencialmente, em alguma recompensa prometida ou efetivamente concedida pelo particular ao agente público para que pratique atos inerentes ao seu cargo que importarão em benefício indevido a esse particular. Há, portanto, sempre dois agentes envolvidos nesse crime, o particular corruptor que oferece a vantagem e obtém facilidades (praticando o ato de corrupção ativa, previsto no artigo 333 do Código Penal), e o agente público corrompido, que recebe a oferta e pratica atos de ofício que importarão em benefícios indevidos a particulares (caracterizando a corrupção passiva, disposta no artigo 317 do Código Penal).

Essa conduta também pode ser compreendida como um comportamento caracterizado pelo desvio de poderes normais de um agente público para finalidades privadas, o qual é beneficiado de forma pecuniária ou através de *status*⁶⁷.

Os agentes envolvidos na corrupção ludibriam controles e regras legítimas e obtêm vantagens de má-fé, havendo um verdadeiro desvio ou comprometimento do ideal de solidariedade e cooperação⁶⁸.

No cenário atual, a corrupção tem uma maior incidência nas economias pelo aumento dos fluxos comerciais internacionais, o que propicia o surgimento de oportunidades para a realização de negócios e obtenção de licenças mediante a sua prática⁶⁹. Nesse contexto, a corrupção ganha o *status* de internacional quando a sua prática envolve agentes estrangeiros (agentes governamentais de outros países ou dirigentes de transnacionais, por exemplo) ou quando o capital utilizado na prática de corrupção for oriundo de outros países⁷⁰.

Entretanto, o que caracteriza a corrupção como um grande mal a ser combatido é o fato de que os efeitos que dela decorrem ultrapassam os males

como aqueles praticados no seio do procedimento licitatório, muito embora não façam menção explícita a esses dispositivos penais.

⁶⁷ CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (Coord). **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119-151. p. 121.

⁶⁸ ALVES, Alaor Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009, p. 173-180. p. 177.

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 19.

⁷⁰ CARVALHO; SILVEIRA, op. cit., p. 123.

produzidos diretamente pela prática de um ato corrupto, isto é, não se limitam à concessão/recebimento daquele benefício ilícito concedido/recebido na casuística.

A corrupção “compromete a legitimidade política, enfraquece a credibilidade das instituições governamentais, coloca em descrédito o trabalho de servidores públicos e atrasa o desenvolvimento do país”⁷¹. Causa, portanto, efeitos nefastos na sociedade, principalmente nos países de baixa renda, produzindo consequências diretas nas populações afetadas⁷², já que interfere na realização de políticas públicas e consequente concretização de direitos fundamentais. Além disso, a corrupção ainda retira recursos de finalidades desejadas socialmente e constitui uma injusta transferência de renda da população para os corruptos⁷³, constituindo um forte obstáculo à cooperação social e ao desenvolvimento⁷⁴.

Interessante destacar a visão de Albuquerque⁷⁵, que, ao verificar as consequências da corrupção, a compara com um “incêndio incontrolável”. Assim, tal como esse fenômeno, o ato corruptivo não visa à imoralidade, mas, ao perseguir sua expansão desenfreada, acaba por se ampliar de modo incomensurável, eliminando outros fatores mais nobres e mais caros à sociedade.

Quando a corrupção é verificada de forma sistêmica, isto é, presente em diversos níveis da relação entre o Poder Público e os particulares, verifica-se uma crise moral do Estado que rompe os laços de confiança entre a cidadania e as autoridades⁷⁶.

Nessa corrupção sistêmica, o crime constitui um verdadeiro poder paralelo ao estatal que acaba criando uma nação sem indicadores honrados de seus governantes, colaborando para a formação de uma sociedade sem referências principiológicas⁷⁷.

⁷¹ CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 121.

⁷² GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 22.

⁷³ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012, p. 81-98. p. 74.

⁷⁴ Ibid., p. 60.

⁷⁵ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. O protagonismo do Ministério Público no Estado de Direito: a cidadania contra a corrupção. In: ALBUQUERQUE, Mário Pimentel; MEDEIROS, Humberto Jacques de; BARBOZA, Márcia Noll (Org.) **O papel do Ministério Público no combate à corrupção**. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, p. 12-50. p. 27.

⁷⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

⁷⁷ Ibid., p. 98. Importante destacar que o Brasil não criminaliza a conduta da corrupção privada, restringindo a criminalização dessa conduta ao âmbito público.

Segundo Costódio Filho⁷⁸, a corrupção prejudica o meio ambiente, já que possibilita o funcionamento de empreendimentos comerciais ou industriais sem que preencham as condições adequadas; acomete a livre concorrência e os consumidores, pois empresas que obtêm vantagens ilícitas da Administração Pública possuem um maior espaço no mercado, afetando a competição e a qualidade dos produtos oferecidos; lesa as finanças públicas quando implica na fraude licitatória, no superfaturamento de obras públicas e no desvio de recursos em geral; danifica a democracia e a república, pois desvia o funcionalismo público de sua função de satisfação dos interesses coletivos, bem como torna o Poder Público refém de interesses privados e minoritários e, por fim, acomete o comércio internacional ao distorcer as condições de competitividade.

2.1.1.2 Os crimes envolvendo procedimentos licitatórios

Esses crimes estão previstos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de julho de 1993⁷⁹.

A licitação, nos termos do que estabelece o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, é um procedimento formal necessário para a contratação, por parte da Administração Pública, de obras, serviços compras e alienações. É guiada por dois objetivos fundamentais – a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a garantia da isonomia entre os interessados⁸⁰ – e orientada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, dentre outros⁸¹. O procedimento é regulado pela Lei acima citada, que prevê, nos seus artigos 89 a 98, as condutas que são caracterizadas como lesivas ao procedimento.

⁷⁸ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Introdução. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 11-46. p. 15.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

⁸¹ Ibid., 10.

O artigo 89 trata da hipótese da dispensa ou inexigibilidade da licitação fora das hipóteses legais (previstas nos artigos 24 e 25 da Lei⁸²) ou da inobservância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Esse dispositivo criminaliza a conduta daquele agente que efetua uma contratação direta sem a satisfação de quaisquer das hipóteses dos artigos 24 e 25 ou, ainda, daquele agente que não respeitou as regras para a realização dessa contratação. Entretanto, o parágrafo único do dispositivo pune ainda a conduta daquele que se beneficiou da dispensa ou inexigibilidade para celebrar contrato com a Administração Pública. Nesse caso, o sujeito ativo é o particular⁸³ que veio a ser contratado.

O bem jurídico tutelado nesse caso é a garantia da estrita excepcionalidade dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, garantindo-se a respeitabilidade, probidade e moralidade das contratações públicas. Pretende-se, na realidade, proteger a lisura e a transparência da licitação para que a ampla competição reste preservada⁸⁴.

A prática desse tipo penal pode não gerar nenhum prejuízo financeiro à Administração Pública, pois o preço contratado pode ser semelhante ao preço do mercado. No entanto, na maior parte das vezes a contratação irregular é acompanhada de superfaturamento de preços, ou de desvios de verba pública, de crimes de corrupção etc. De qualquer modo, mesmo que não exista prejuízo financeiro, o crime estará consumado tendo em vista a violação ao princípio da moralidade administrativa⁸⁵.

O artigo 90 penaliza a conduta daquele que frustra ou fraudas, por ajuste, combinação, ou outro expediente, o caráter competitivo da licitação visando obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto licitado. Esse dispositivo visa proteger a concorrência legítima na competição, garantindo preços

⁸² O artigo 24 da Lei de Licitações elenca 33 (trinta e três) hipóteses em que é permitida a dispensa da licitação, isto é, em que são autorizadas contratações diretas pela Administração Pública sem a realização do processo licitatório. É dispensável a licitação, por exemplo, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, dentre outras. Já o artigo 25 apresenta 3 (três) situações em que não é exigível a realização de licitação, sendo elas: para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (tratam-se dos profissionais listados no artigo 13 da Lei); para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

⁸³ GRECO FILHO, 2007, p. 61.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132.

⁸⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na lei de licitações**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 42.

justos, participação honesta e legítima, bem como a dignidade e moralidade administrativa⁸⁶.

A respeito do crime previsto no artigo 91, consiste no patrocínio, direto ou indireto, de interesse privado perante a Administração que venha a ensejar a instauração de licitação ou a celebração de contrato. Essa conduta é denominada de advocacia administrativa⁸⁷ e corresponde, em outros termos, ao patrocínio de interesses privados perante a Administração Pública por parte de um servidor público.

O artigo 92 trata do caso de admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem que exista autorização legal ou ato convocatório da licitação ou dos contratos. O artigo pune igualmente o pagamento de fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade. Exige-se, logo, que o contrato já esteja pactuado entre a Administração e o particular⁸⁸.

É criminalizada também, no parágrafo único, a conduta do contratado que concorreu para a consumação da ilegalidade e dela obteve vantagem indevida ou se beneficiou. Assim, mesmo que o particular tenha concorrido para a ilegalidade, não será responsabilizado se não tiver recebido qualquer vantagem ou benefício dela decorrente⁸⁹.

Nesse caso, o objeto de tutela é a “inalterabilidade dos contratos administrativos, no âmbito licitatório, garantindo a respeitabilidade, probidade e moralidade das contratações públicas, que podem ser ofendidas com as condutas descritas”⁹⁰.

O artigo 93 criminaliza a conduta de quem impede, perturba ou frauda a realização de qualquer ato do procedimento licitatório, com vistas à proteção da correção, da legalidade e da moralidade na realização de todos os atos do procedimento licitatório⁹¹.

A conduta do artigo 94 consiste na devassa do sigilo da proposta apresentada em procedimento licitatório ou na viabilidade a terceiro de devassá-lo, somente podendo ser praticado por funcionário público que detenha a condição especial de garantir o sigilo das propostas na licitação⁹².

⁸⁶ BITENCOURT, 2012, p. 184.

⁸⁷ FREITAS, 2013, p. 97.

⁸⁸ Ibid., p. 110.

⁸⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 253.

⁹⁰ Ibid., p. 231.

⁹¹ Ibid., p. 264.

⁹² Ibid., p. 279.

Nesse caso, o que se tutela é a regularidade do procedimento licitatório, para o qual é essencial que o sigilo das propostas seja mantido. Desse modo, não é necessário que decorra um prejuízo patrimonial ao Poder Público para a capitulação do crime⁹³.

O artigo 95 pune a conduta daquele que afasta ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, sendo criminalizada pelo parágrafo único a conduta daquele que se abstém ou desiste de licitar em virtude da vantagem oferecida.

O bem jurídico tutelado, nesse caso, além da probidade e moralidade do certame, é a participação igualitária dos concorrentes na elaboração, apresentação e avaliação da proposta de todos os candidatos⁹⁴, protegendo a competitividade⁹⁵.

Esse crime pode ser praticado por qualquer pessoa, mas, via de regra, o agente será um concorrente ou pretendente a concorrente do certame ou algum funcionário responsável pela licitação que tenha algum interesse em beneficiar alguém⁹⁶.

O oitavo crime punido pela lei é o descrito no artigo 96, que consiste em fraudar, em detrimento da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente através das seguintes condutas (que podem, inclusive, se verificar concomitantemente no caso concreto): elevação arbitrária dos preços; venda de uma mercadoria falsificada ou deteriorada como se fosse verdadeira ou perfeita; entrega de uma mercadoria por outra; alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; tornar injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Nessa hipótese, tutela-se o patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias⁹⁷, protegendo-o de licitações fraudulentas ou de contratos injustos.

O ato típico pode ser realizado por qualquer pessoa, inclusive servidor público encarregado do certame ou responsável pela execução do contrato, apesar de ser mais comum que seja praticado por contratados ou por licitantes⁹⁸.

O artigo 97 recrimina a admissão à licitação ou a celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, sendo que o agente ou empresa

⁹³ GRECO FILHO, 2007, p. 104.

⁹⁴ BITENCOURT, 2012, p. 294.

⁹⁵ FREITAS, 2013, p. 128.

⁹⁶ GRECO FILHO, op. cit., p. 110.

⁹⁷ FREITAS, op. cit., p. 135.

⁹⁸ Ibid., p. 135-136.

inidêneo será igualmente penalizado. Visa-se, portanto, assegurar a contratação de empresas e profissionais idôneos que cumpram as obrigações contratadas, tutelando-se a correta gestão das finanças públicas⁹⁹.

O último crime é o previsto no artigo 98 da Lei de Licitações, consistente em “obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão, ou cancelamento de registro do inscrito”.

Essa norma faz referência aos registros cadastrais que os entes públicos eventualmente possuam para fins licitatórios ou contratuais, como autorizado pelo artigo 34 da Lei em análise. Assim, protege-se a certeza, a segurança e a confiabilidade desses registros¹⁰⁰.

Ressalte-se que os atos de obstar, de impedir ou de dificultar podem ser praticados por qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, ao passo que as atitudes de alterar, suspender ou cancelar somente podem ser praticadas por agente público com interferência nos registros cadastrais, tratando-se de crime próprio¹⁰¹.

A análise dos crimes que podem vir a ser praticados no transcorrer dos procedimentos licitatórios ou, inclusive, durante a vigência dos contratos, demonstra que há uma série de formas pelas quais se pode desviar ou fraudar tais procedimentos, o que propicia a realização de variados comportamentos corruptivos¹⁰².

Além de a licitação ser um lugar propício para atos de corrupção¹⁰³, Greco Filho¹⁰⁴ atenta para a possibilidade de um crime de licitação ser o antecedente do crime de lavagem de dinheiro. Nesse caso, a lavagem pode vir a ser caracterizada apenas como mais um elo na cadeia do crime de licitação. Logo, os crimes de licitação, corrupção e lavagem de dinheiro são, comumente, praticados conjuntamente.

⁹⁹ BITENCOURT, 2012, p. 346.

¹⁰⁰ FREITAS, 2013, p. 149.

¹⁰¹ Ibid., p. 149.

¹⁰² RITT, Caroline Fockink; HUBNER, Bruna Henrique. Os crimes na lei de licitações: principais aspectos legais e jurisprudenciais. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, edição especial n. 42, p. 88-102, jul/dez. 2014. p. 88. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5547>>. Acesso em: 11 set. 2015.

¹⁰³ Sobre esse tema, indica-se a leitura do seguinte estudo: FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na lei anticorrupção empresarial (lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o Metrô de São Paulo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, vol. 115, p. 337-367, jul./ago. 2015.

¹⁰⁴ GRECO FILHO, 2007, p. 34.

2.1.1.3 O crime de lavagem de dinheiro

A lavagem de dinheiro, por sua vez, consiste no ato ou atos praticados para “mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”¹⁰⁵.

Por meio da lavagem de dinheiro pretende-se integrar ao sistema econômico os produtos de qualquer espécie obtidos com a prática do crime, encobrindo a sua origem ilícita. Trata-se, na realidade, da reinserção do produto delituoso na economia legal do país¹⁰⁶, o que é imprescindível para que o dinheiro seja introduzido impunemente no circuito econômico¹⁰⁷. Essa reintegração ocorre pelo desejo ou pela necessidade do delinquente de usufruir do produto do crime praticado.

Dado o caráter transnacional da lavagem de dinheiro, foram desenvolvidos diversos instrumentos de cooperação internacional¹⁰⁸, sendo criado, em 1989, o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual era composta pelos sete países mais ricos do mundo à época (França, Reino Unido, Estados Unidos, Japão, Canadá, Itália e Alemanha). O objetivo do grupo é examinar, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro para impedir a utilização dos produtos dos crimes em futuras atividades criminosas que afetem as atividades econômicas legais dos países¹⁰⁹.

No Brasil, a lavagem é criminalizada pela Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998¹¹⁰, com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 12.683, de 9 de julho de 2012¹¹¹, que, conforme Badaró e Bottini¹¹², tipificou a conduta de

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da lei 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 23.

¹⁰⁶ BRASILEIRO, Renato. Lavagem ou ocultação de bens: lei 9.613, 03.03.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 516-670. p. 518.

¹⁰⁷ CALLEGARI, André Luís. Breves Anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012, p. 1-8. p. 2.

¹⁰⁸ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 24-25.

¹⁰⁹ BRASILEIRO, op. cit., p. 519.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**,

mascamamento em diversas modalidades, estabeleceu regras e obrigações administrativas para aqueles que exercem atividades em setores sensíveis aos esquemas de lavagem e criou a unidade de inteligência financeira nacional, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras¹¹³.

O tipo objetivo do crime de lavagem de dinheiro está previsto no § 1º da Lei e consiste em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores¹¹⁴ provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

A realização da lavagem de dinheiro ocorre por meio de um processo dinâmico em que os valores são distanciados de sua origem, as movimentações são disfarçadas para dificultar o rastreamento dos recursos e, ao final, o dinheiro é disponibilizado aos criminosos para ser usufruído¹¹⁵. A lavagem ocorre em três fases, conforme modelo do Grupo de Atuação Financeira (GAFI): colocação (*placement*), dissimulação dos ativos (*layering*) e integração dos bens, direitos ou valores à economia regular (*integration*)¹¹⁶.

As condutas que caracterizam a lavagem de dinheiro estão dispostas no artigo 1º, em seus parágrafos e incisos, da Lei nº 9.613/1998.

A lavagem de dinheiro produz consequências calamitosas à sociedade, como a presença massiva de capitais ilícitos no sistema financeiro e na economia nacionais provocando inúmeras sequelas, dentre as quais podem ser citadas: a ruína da legitimidade dos tradicionais mecanismos de representação democrática e a quebra da credibilidade dos representantes populares; a corrupção dos integrantes da administração pública, desmoralizando-se a administração pública e o aparelho

Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹¹² BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 25.

¹¹³ O COAF corresponde ao órgão responsável por disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas de lavagem de dinheiro, nos termos do artigo 14 da Lei. Assim, recebida pelo COAF a informação quanto a uma operação suspeita, o órgão deve avaliar previamente a presença ou não de indícios de crime, encaminhando à autoridade competente para a investigação do fato, que pode ser o Ministério Público ou a autoridade local. (MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20).

¹¹⁴ Com a expressão “bens, direitos e valores” a lei pretendeu esclarecer que todo e qualquer produto, direta ou indiretamente resultante de atividade ilícita prevista e assimilável às noções de bens, direitos ou valores, pode ser caracterizado como prática da infração penal, inclusive direitos societários, direitos de crédito, direitos hereditários, valores mobiliários, programas de computador, dentre outros. (MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**: lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.61/62). Segundo Moro (2010, p. 31), essa referência contempla qualquer benefício de natureza econômica.

¹¹⁵ BRASILEIRO, 2009, p. 519.

¹¹⁶ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

estatal; e a impunidade dos criminosos poderosos, que enseja a descrença no poder judiciário¹¹⁷.

Outros prejuízos advindos da lavagem são o elevado índice de sonegação fiscal dela decorrente, que contribui para o aumento das desigualdades sociais ao retirar recursos que poderiam ser aplicados em políticas públicas e a crise no sistema financeiro decorrente da probabilidade de ativos financeiros abandonarem o país, deixando um rastro de quebras, desemprego e perdas de poupanças populares¹¹⁸. Em suma, os efeitos da lavagem atingem o tecido social e corroem os alicerces das estruturas econômicas e políticas dos Estados¹¹⁹.

Não há dúvida de que as modalidades criminosas ora analisadas são tanto reflexo dessa racionalidade predominante na sociedade contemporânea quanto fatores que contribuem para a subversão dos valores éticos, jurídicos e sociais das comunidades contemporâneas¹²⁰. Trata-se de um verdadeiro círculo vicioso e, para combatê-lo, são formulados vários instrumentos normativos.

2.1.2 Instrumentos normativos internacionais destinados à prevenção e repressão dos delitos empresariais

Diversos são os documentos internacionais que visam combater a criminalidade econômica, em especial a lavagem de dinheiro e a corrupção. Além de a legislação interna da maior parte dos países conter instrumentos repressivos, há uma série de convenções assinadas visando, principalmente, a cooperação policial e judicial entre os países¹²¹, dado o caráter transnacional que esses delitos muitas vezes adquirem.

No âmbito da União Europeia, podem ser citados os seguintes documentos relativos ao combate à lavagem de dinheiro: a “Convenção do Conselho de Europa sobre lavagem, identificação, embargo e confisco dos benefícios econômicos derivados do delito”, de 8 de novembro de 1990; o “Plano de Ação contra a Delinquência Organizada”, aprovada em junho de 1997 pelo Conselho Europeu de

¹¹⁷ MAIA, 2007, p. 23-24.

¹¹⁸ MAIA, loc. cit.

¹¹⁹ SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 58.

¹²⁰ GONZÁLEZ, 1998, p. 27.

¹²¹ SÁNCHEZ RIOS, op.cit., p. 43.

Amsterdã e as Diretivas da União Europeia 2001/97/CE¹²², de 4 de dezembro de 2001, e a 2005/60/CE¹²³, de 26 de outubro de 2005¹²⁴.

No tocante à corrupção, destaca-se na União Europeia a “Convenção Penal do Conselho Europeu sobre a Corrupção”, de 30 de abril de 1999¹²⁵, que determina aos Estados partes que elaborem legislações internas de combate à corrupção passiva e ativa nos setores público e privado e também a “Convenção Civil do Conselho Europeu contra a corrupção”, cujo enfoque é a elaboração de legislações internas pelos signatários, possibilitando o direito à indenização de pessoas que tenham sofrido dano ou prejuízo com práticas de corrupção¹²⁶.

As duas últimas convenções citadas são decorrentes dos estudos elaborados pelo Grupo de Estados contra a Corrupção, criado em 1999 e composto por 48 países europeus e pelos Estados Unidos, cujo objetivo principal é o monitoramento e o controle do cumprimento por parte dos Estados dos padrões estabelecidos pelo Conselho para combater a corrupção¹²⁷.

Com relação aos documentos internacionais que ultrapassam a fronteira dos países europeus, merecem destaque a “Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas”, de 20 de dezembro de 1988, “Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996” (Convenção da Organização dos Estados Americanos – OEA), a “Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o Combate ao Suborno de

¹²² A Diretiva 2001/97/CE, de 04 de dezembro de 2001, impõe obrigações a algumas pessoas físicas e jurídicas (como instituições de crédito, instituições financeiras, auditores, agentes imobiliários, notários e cassinos) de sempre exigir a identificação de seus clientes, bem como de notificar os órgãos de controle sobre transações suspeitas e, principalmente, de se abster de executar tais operações antes de avisar as autoridades responsáveis. A Diretiva também impõe a essas pessoas a obrigação de criar processos adequados de controle interno e de comunicação para prevenir e impedir a realização de operações ligadas à lavagem de dinheiro e o dever de tomar medidas adequadas para instruir seus empregados sobre a necessidade de prevenção e de combate ao delito, capacitando-os. Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais**, 4 dez. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹²³ A Diretiva 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005, estabelece deveres de vigilância a uma determinada classe de instituições e pessoas físicas sempre que estabelecerem relações de negócios acima de determinada quantia, quando houver dúvidas acerca das informações prestadas pelos clientes e quando houver suspeitas de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo. Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo**, 26 out. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32005L0060>>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹²⁴ SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 44.

¹²⁵ GABINETE de documentação e direito comparado. **Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001 Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa**, 30 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹²⁶ CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 129.

¹²⁷ CARVALHO; SILVEIRA, loc. cit.

Oficiais Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, de 1997, a “Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional” (Convenção de Palermo), de 2000, e a “Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção”, de 2003.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em vigor internacional desde 11 de novembro de 1990 e internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991¹²⁸, tem como um de seus principais objetivos, conforme se observa de seu preâmbulo, privar os agentes que cometem tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas para, desse modo, eliminar o principal incentivo a essa atividade.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA de 1996, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002¹²⁹, foi o primeiro texto a tratar da corrupção internacional englobando funcionários de Estados Estrangeiros, assim como situações de corrupção passiva e ativa, no âmbito doméstico ou transnacional¹³⁰.

Em seu preâmbulo, a Convenção considera o combate à corrupção como um reforço às instituições democráticas e como um meio para evitar distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social, reconhecendo a obrigatoriedade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção.

Dentre as medidas preventivas à corrupção trazidas por essa Convenção que deverão ser adotadas pelos Estados partes, merecem destaque a criação de normas de conduta para o desempenho correto e honrado das funções públicas, a obrigatoriedade dos funcionários públicos de informar as autoridades competentes dos atos de corrupção em repartições públicas, a implementação de sistemas para controle da renda por parte do Estado e de sistemas para proteger funcionários públicos e particulares que denunciarem atos de corrupção aos órgãos de controle¹³¹.

Outra iniciativa de destaque é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000, incluída na ordem

¹²⁸ BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 06 de set. 2015.

¹²⁹ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 06 de set. 2015.

¹³⁰ CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 123.

¹³¹ Conforme disposto nos itens do artigo III da Convenção.

brasileira pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004¹³², cujo objetivo é a promoção da cooperação entre os Estados signatários para prevenir e combater de forma mais eficaz a criminalidade organizada transnacional. Observe-se que a disposição contida no artigo 5 dessa Convenção, relativa à determinação de que cada Estado deverá adotar medidas legislativas para criminalizar a participação em um grupo criminoso organizado, foi fundamental para a promulgação da Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil¹³³.

A Convenção da ONU contra a Corrupção, firmada em 2003 e ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006¹³⁴, abrange tanto a corrupção ativa quanto a passiva e versa sobre funcionários públicos, nacionais, estrangeiros ou organizações internacionais, estabelecendo que o prejuízo ao patrimônio público é irrelevante para a sua aplicação. Abarca temas como lavagem de dinheiro, tráfico de influência, abuso de funções, peculato, suborno de oficiais públicos, práticas ativas e passivas de corrupção, lavagem de produto de delito, encobrimento e obstrução da justiça. Ademais, também disciplina a cooperação entre os Estados¹³⁵.

Acerca da Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Oficiais Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000¹³⁶, vale observar que seu âmbito de abrangência cinge-se ao suborno ativo de oficiais públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. A Convenção amplia o conceito de funcionário público, estabelece a necessidade de os signatários preverem em seus direitos internos a punição de indivíduos que pratiquem corrupção no exterior e estabelece a necessidade de equivalência das medidas aplicadas pelas partes no combate à corrupção, sugerindo aos Estados membros que adotem medidas mais coerentes e uniformes entre si¹³⁷.

¹³² BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹³³ ESTELLITA, 2009, p. 45.

¹³⁴ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹³⁵ CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 127-129.

¹³⁶ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹³⁷ CARVALHO; SILVEIRA, op. cit., p. 125.

A Convenção ainda prevê a necessidade de controles internos, auditoria e requisitos de contabilidade adequados, bem como a criação de mecanismos para monitoramento e promoção da sua implementação, de modo que os países signatários são fiscalizados pelos demais¹³⁸.

Apesar desse instrumento ser obrigatório entre os Estados membros, as tentativas de regulação da prática de corrupção acabam tomando forma de recomendações internacionais, podendo ser citadas as seguintes recomendações: Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (1976), Recomendação sobre a Dedutibilidade Fiscal de Propinas pagas a Funcionários Públicos Estrangeiros (1996), Recomendação sobre Princípios de Transparência e Integridade na prática do Lobby (2010), Recomendação sobre Medidas Fiscais no Suborno de Oficiais Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (2009), Recomendação sobre o Fortalecimento da Integridade em Compras Governamentais (2008), Recomendação sobre o Pagamento de Propinas e Créditos a Exportação (2006), dentre outras¹³⁹.

Sobre a Convenção da OCDE é importante ressaltar que é fruto de forte pressão exercida pelos Estados Unidos. Isso porque aquele país possui uma legislação anticorrupção muito forte desde 1977, a *Foreign Corrupt Practices Act* – conhecida como *FCPA* –, e o seu cumprimento por parte das empresas norte-americanas acabava por colocá-las em posição de desvantagem no comércio internacional, já que seus competidores não se sujeitavam a regras semelhantes em seus países de origem¹⁴⁰.

A *FCPA* foi o primeiro instrumento legislativo a criminalizar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, proibindo qualquer ato de corrupção praticado por pessoas físicas e jurídicas sujeitas à lei. O instrumento legal também obriga determinadas empresas a manterem registros contábeis que reflitam suas operações e um sistema de controles internos¹⁴¹. A criação e manutenção de um sistema eficaz de controle interno de contabilidade visa garantir o registro apropriado das transações, de acordo com as normas e regulamentações, evitando erros materiais¹⁴².

¹³⁸ COMITÊ ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. Apêndice: Comentários ao projeto de lei nº 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317-349. p. 320.

¹³⁹ CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 125.

¹⁴⁰ COMITÊ ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL, op.cit., p. 319-320.

¹⁴¹ Ibid., p. 319.

¹⁴² CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166. p. 155.

A *FCPA* também determina que as transações sejam registradas conforme sua verdadeira natureza, de modo que brindes para clientes não devem ser registrados como custos de marketing, por exemplo. Além disso, a lei estabelece que os relatórios financeiros devem ser revisados pela diretoria, sem distorções ou omissões de fatos relevantes. Ordena que as demonstrações financeiras reflitam fielmente a atual situação financeira da empresa e o resultado das operações. Estabelece, ainda, que os executivos devem relatar ao comitê de auditoria e aos auditores quaisquer deficiências e/ou vulnerabilidades nos controles internos, bem como fraudes envolvendo a administração ou outros empregados que tenham envolvimento com os controles internos¹⁴³.

O descumprimento das normas da *FCPA* sujeita as empresas à aplicação de medidas cíveis pela *U.S. Securities & Exchange Commission (SEC)*, equivalente no Brasil à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e à aplicação de medidas cíveis e criminais por parte do *Department of Justice (DOJ)*, o Departamento de Justiça norte-americano, para a empresa e seus empregados¹⁴⁴.

Esses órgãos são extremamente ativos na aplicação das penalidades às empresas norte-americanas que se envolvem em atos de corrupção. Apenas no ano de 2010, o valor total das sanções aplicadas por violação à lei foi superior à quantia de US\$ 1,7 bilhão (um bilhão e setecentos milhões de dólares)¹⁴⁵.

A atuação rigorosa de tais órgãos impulsionou o crescimento do movimento de *compliance* nos Estados Unidos¹⁴⁶ como forma das empresas se prevenirem de atos de corrupção praticados por seus funcionários.

A propósito, a existência de programas de *compliance* é um fator a ser levado em consideração na aplicação das sanções pelo *Department of Justice* naquele país, possibilitando a concessão de crédito às empresas que os possuam antes das violações investigadas¹⁴⁷.

Relativamente aos programas de controle norte-americano, também merece destaque a Lei *Sarbanes-Oxley (SOX)*, publicada no ano de 2002 após os escândalos contábeis de empresas como Enron, WorldCom e Tyco. A Lei exige relatórios precisos sobre os controles internos da empresa e sobre as declarações

¹⁴³ CLAYTON, 2013, p. 155-156.

¹⁴⁴ COMITÊ ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL, 2013, p. 319.

¹⁴⁵ Ibid., p. 319.

¹⁴⁶ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 168.

¹⁴⁷ Ibid., p. 172.

financeiras¹⁴⁸. Ordena também às empresas que estabeleçam e mantenham uma estrutura adequada de controles internos e procedimentos, com o objetivo de auxiliar na detecção material de distorções¹⁴⁹. Além disso, fixou mecanismos para a responsabilização de executivos, conselheiros e auditores responsáveis por declarações imprecisas, inclusive na esfera criminal¹⁵⁰.

Além da legislação norte-americana de combate à corrupção e de imposição de programas internos de controle, merece destaque a Lei Anticorrupção do Reino Unido, em vigor desde 1º de julho de 2010, a *UK Bribery Act*, que é, conforme Maeda¹⁵¹, considerada uma das legislações mais rigorosas do mundo.

Essa Lei é aplicável tanto a fatos relacionados à corrupção no setor público quanto no setor privado e, ao passo em que impõe a responsabilização de pessoas jurídicas pela falha na prevenção de atos de corrupção praticados por qualquer pessoa a elas relacionadas, reconhece a existência de procedimentos para prevenção de violações anteriores à prática do ato ilícito como um fator capaz de isentar a responsabilidade da empresa.

A *Bribery Act* não estabelece limites para o valor de multas impostas por violações e possui alcance extraterritorial mais amplo e agressivo que a *FCPA*, pois atinge quaisquer empresas que conduzam negócios no Reino Unido, sejam empresas britânicas ou de outras nacionalidades¹⁵².

Há, portanto, um intenso movimento de combate a práticas delituosas analisadas ao redor do mundo, o que enseja a criação de novas legislações em diversos países para combater esses delitos¹⁵³ ou maior rigor na aplicação das leis já existentes. O Brasil, como signatário das Convenções citadas, não passou imune à pressão internacional existente, promulgando leis nesse sentido.

2.1.3 A repercussão da normativa internacional na legislação pátria

No Brasil, conforme o “Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate”, elaborado em março de 2010 pela Federação das Indústrias

¹⁴⁸ MAEDA, 2013, p. 174-175.

¹⁴⁹ CLAYTON, 2013, p. 156.

¹⁵⁰ MAEDA, op. cit., p. 174-175.

¹⁵¹ Ibid., p. 175-176.

¹⁵² Ibid., p. 175.

¹⁵³ Ibid., p. 201.

do Estado de São Paulo (Fiesp), o custo econômico anual estimado da corrupção equivale a R\$ 41,5 bilhões ou 1,38% do PIB, calculado à época da pesquisa.¹⁵⁴

Além disso, o país figura como um dos mais corruptos do planeta ao alcançar a 69ª posição dentre 175 países, em estudo elaborado pela ONG Transparência Internacional no ano de 2014. Essa relação classifica os países em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), em que 0 (zero) significa que um país é percebido como muito corrupto e 100 (cem) significa que é um país muito limpo. Nesse ranking, o Brasil alcançou apenas 43 (quarenta e três) pontos, ficando abaixo da marca que distingue os países menos corruptos dos mais corruptos, que é de 50 (cinquenta) pontos¹⁵⁵.

Desse modo, o risco de corrupção no Brasil é considerado alto¹⁵⁶, o que reflete diretamente na legislação e nos mecanismos de controle por parte das autoridades, tornando fundamental a implementação e o aprimoramento de programas internos de prevenção dessa criminalidade no interior das empresas.

Além disso, é importante destacar a visão de Carvalhosa, segundo o qual

No Brasil a população considera que qualquer autoridade é corrupta e que todas as pessoas jurídicas que contratam com os governos nos três níveis federativos são integrantes desse concurso criminoso, seja pela prática da corrupção comissiva pura, seja quando se submeter dócil e prazerosamente à corrupção comissiva omissiva.

A percepção coletiva é de que as grandes empreiteiras, os grandes laboratórios, as companhias de transporte e de coleta de lixo, as fornecedoras dos órgãos governamentais e das empresas públicas e de economia mista têm o domínio político-administrativo e político-legislativo do País. E, na realidade, é o que ocorre¹⁵⁷.

Esses fatores colaboram para a existência de uma crescente pressão da sociedade e de organismos internacionais para que medidas de combate à corrupção sejam cada vez mais fortes e desvios de condutas não sejam tolerados, questionando não apenas o papel do agente público corrupto, mas também da empresa envolvida¹⁵⁸.

Nesse cenário, duas leis brasileiras estabelecem regras de cooperação privada e determinam a obrigatoriedade das instituições em colaborar com a investigação: a Lei Federal nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº

¹⁵⁴ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). **Relatório corrupção: custos** econômicos e propostas de combate, São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 29 set. 2015.

¹⁵⁵ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Corruption perceptions index 2014**. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 12 set. 2015.

¹⁵⁶ CLAYTON, 2013, p. 150.

¹⁵⁷ CARVALHOSA, 2015, p. 83.

¹⁵⁸ MAEDA, 2013, p. 170.

12.683/2012, e a Lei Federal nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, denominadas, respectivamente, de Lei de Lavagem de Dinheiro e de Lei Anticorrupção Empresarial.

2.1.3.1 A Lei de Lavagem de Dinheiro

No tocante à Lei de Lavagem de Dinheiro, já estudada em tópico anterior¹⁵⁹, convém ressaltar que o instrumento estabeleceu regras de cooperação privada, instituindo obrigações às pessoas e instituições que atuem em setores considerados sensíveis ao crime¹⁶⁰. Todas as pessoas físicas e jurídicas que exerçam, em caráter permanente ou eventual, uma das atividades listadas no artigo 9º da Lei deverão cumprir com as obrigações relacionadas nos artigos 10 e 11.

Dentre as pessoas que se sujeitam a essas obrigações podem ser citadas aquelas que atuam nas seguintes áreas: captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros; compra e venda de moeda estrangeira ou ouro; bolsas de valores, bolsas de mercadorias e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, que intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; juntas comerciais e os registros públicos, entre outras listadas no artigo 9º da Lei.

Essas entidades, nos termos do artigo 10, devem armazenar informações e registros sobre seus clientes, bem como criar e manter cadastros e registros das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente, impondo-se a elas o dever de comunicar as autoridades das atividades suspeitas de lavagem¹⁶¹.

Esse artigo, ao determinar a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, impõe o dever de *compliance* às entidades e pessoas obrigadas¹⁶².

¹⁵⁹ Cf. tópico 2.1.1.3.

¹⁶⁰ BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 34-35.

¹⁶¹ Ibid., p. 41.

¹⁶² BADARÓ; BOTTINI, loc. cit.

O artigo 11, por sua vez, impõe a obrigação de comunicação ao COAF das movimentações que ultrapassem os limites fixados e as transações efetuadas ou propostas que constituam sérios indícios de lavagem de dinheiro. Essas comunicações têm por finalidade a sistematização de informações, a produção de análises de risco e a tomada de providências cabíveis por parte dos órgãos de controle e fiscalização¹⁶³.

O descumprimento dessas atribuições pode implicar a responsabilização administrativa das pessoas elencadas no artigo 9º e dos administradores das pessoas jurídicas, nos termos do que estabelece o artigo 12 da mencionada Lei. As sanções consistem em advertência, multa pecuniária variável¹⁶⁴, inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas indicadas pela Lei e cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento. Tais penalidades poderão ser aplicadas de forma cumulativa ou não, conforme o caso.

2.1.3.2 A Lei Anticorrupção Empresarial

O instrumento legislativo que recentemente reforçou a necessidade de medidas preventivas, bem como estabeleceu o dever de informação, é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013¹⁶⁵, a Lei Anticorrupção Empresarial, regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015¹⁶⁶ e alterada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015¹⁶⁷.

¹⁶³ BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 41.

¹⁶⁴ De acordo com o que estabelecem as alíneas do inciso II do artigo 12 da Lei, a multa pecuniária não poderá ser superior ao dobro do valor da operação; ao dobro do lucro real obtido ou presumivelmente obtido pela realização da operação; ou ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

¹⁶⁵ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹⁶⁷ BRASIL. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Essa Lei representa um marco importante no enfrentamento à corrupção no país e visa atender aos compromissos assumidos internacionalmente – através da ratificação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE; da Convenção Interamericana contra a Corrupção; e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁶⁸ – de responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção pública¹⁶⁹, inclusive de servidores públicos estrangeiros.

A principal finalidade é a imposição rigorosa de penalidades de natureza civil e administrativa a pessoas jurídicas que estejam relacionadas à corrupção de agentes públicos e de fraudes a licitações, bem como fortalecer os órgãos de fiscalização¹⁷⁰ para inserir a cultura anticorrupção no mundo empresarial.

O instrumento legal estabelece a responsabilidade objetiva administrativa e civil¹⁷¹ das pessoas jurídicas listadas no parágrafo único do artigo 1º¹⁷² que estejam envolvidas na prática de atos que atentem contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Ao estabelecer essa responsabilização objetiva, a Lei estabelece que a empresa será sancionada por atos de corrupção praticados por seus funcionários, independentemente da comprovação do dolo ou da culpa¹⁷³.

Ressalte-se que a responsabilização da pessoa jurídica pelos fatos descritos na Lei não exime a responsabilização individual da pessoa natural que participou do ilícito, através de outros mecanismos de punição previstos no ordenamento jurídico¹⁷⁴, respondendo por esses atos na medida de sua culpabilidade.

A Lei ainda prevê que as pessoas jurídicas permanecem responsáveis por seus atos quando houver alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

¹⁶⁸ Cf. tópico 2.1.2.

¹⁶⁹ CARVALHOSA, 2015, p. 31.

¹⁷⁰ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 24-25.

¹⁷¹ Para a responsabilização objetiva, de acordo com Greco Filho e Rassi (2015, p. 137-138), não há necessidade de demonstração do dolo ou da culpa da pessoa jurídica, podendo ser aplicada sanção de natureza civil ou administrativa sempre que um dos agentes daquela empresa praticar algum dos atos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial.

¹⁷² O parágrafo único do artigo 1º estabelece que a lei aplica-se “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

¹⁷³ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 137.

¹⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. Capítulo I – Disposições gerais: comentários aos artigos 1º a 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 47-101. p. 97.

A empresa sucessora estará obrigada ao pagamento de multa e reparação do dano causado até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicadas as demais penalidades da Lei decorrentes de atos ocorridos antes da data da fusão, exceto quando houver comprovada fraude ou simulação.

O artigo 4º da Lei, ao estatuir essa regra, buscou prevenir eventual burla à aplicação das sanções e responsabilização, antevendo a alteração da pessoa jurídica como evasão do sujeito ativo das infrações¹⁷⁵.

Os atos considerados lesivos à administração pública nacional ou estrangeira e que ensejam a aplicação das penalidades previstas na Lei estão descritos no artigo 5º.

A primeira conduta criminalizada consiste na promessa, oferecimento ou concessão, direta ou indireta, de vantagem indevida a agente público ou pessoa a ele relacionada.

Esse delito se caracteriza pela conduta da pessoa jurídica em que se presume a intenção de influir em ato a ser praticado pelo agente público, seja no exercício de suas funções ou junto a outros agentes públicos. Ressalte-se que essa conduta pode ser praticada diretamente pela pessoa jurídica ou por meio de pessoas físicas ou jurídicas que tenham alguma relação com o servidor público¹⁷⁶.

Para a configuração desse delito, o concurso de pessoas é imprescindível, já que deve haver uma pessoa jurídica que ofereça ou prometa ao lado de um agente público que aceite a vantagem¹⁷⁷. Trata-se, na realidade, de um verdadeiro ato de corrupção.

A segunda conduta punida é a da pessoa jurídica que financia, custeia, patrocina ou de qualquer forma subvenciona a prática dos atos previstos pela Lei. Corresponde a uma forma especial de participação em qualquer dos atos ilícitos recriminados que consiste, basicamente, no fornecimento dos meios materiais e econômicos para a corrupção a ser efetivada por terceiro¹⁷⁸.

É punida também a conduta daquele ente que se utiliza de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a entidade dos beneficiários dos atos praticados. Nesse caso, há um concurso necessário para a configuração do ato¹⁷⁹.

¹⁷⁵ GUARAGNI, 2014, p. 100.

¹⁷⁶ CARVALHOSA, 2015, p. 201.

¹⁷⁷ Ibid., p. 203.

¹⁷⁸ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 154.

¹⁷⁹ CARVALHOSA, op. cit., p. 209.

O artigo 5º prevê ainda uma série de tipos objetivos que podem vir a ser praticados pelas pessoas jurídicas em licitações e contratações com o Poder Público. São reprimidos os seguintes atos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

As hipóteses listadas por esse dispositivo se assemelham aos crimes previstos na Lei de Licitações, em especial os artigos 90, 93, 95, 96, 92, parágrafo único e 96, que, dadas as devidas adaptações, guardam semelhança, respectivamente, às seguintes alíneas do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção: *a, b, c, d, f, e g*. Por essa razão, remete-se às considerações feitas a essas condutas no tópico 2.1.1.2.

Relativamente à conduta prevista na alínea *e*, consiste na criação fraudulenta e irregular de pessoa jurídica para participar de licitação ou para contratar com a Administração. A constituição regular de pessoa jurídica para participar de licitação não é ilícita, mas, havendo ilicitude na constituição das sociedades para os fins acima identificados, a conduta é considerada lesiva à Administração Pública¹⁸⁰.

Ademais, a criação irregular dessa pessoa jurídica comumente visa driblar a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica e a inabilitação para participar de licitação pública¹⁸¹.

Por fim, a última conduta prevista pela Lei reside na prática de qualquer ato que venha a dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidade ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação.

Não é necessário que a atividade de investigação esteja relacionada a uma apuração específica relativa a fatos previstos na Lei em análise, sendo suficiente

¹⁸⁰ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 161.

¹⁸¹ CARVALHOSA, 2015, p. 228.

para a caracterização do ilícito que a atuação intervenha na fiscalização genérica, punitiva ou preventiva da corrupção de agentes públicos¹⁸².

Observa-se nesse caso também que a pessoa jurídica pode não colaborar com a autoridade processante e com a investigação policial, como prescreve o artigo 7º, §2º do Código Penal, sem que tal recusa possa configurar presunção de culpa. Desse modo, não é ilícita a recusa da pessoa jurídica de entregar documentos ou prestar informações. O que é vedada pela lei é a obstrução de atos de investigação, a destruição de provas documentais e materiais, a ameaça à testemunhas etc¹⁸³.

As penalidades para a prática desses atos estão previstas no artigo 6º e no artigo 19 da Lei em análise.

O artigo 6º prevê a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, consistente na aplicação, isolada ou cumulativa, das seguintes sanções: multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e/ou publicação extraordinária da decisão condenatória.

Com relação à pena de multa, o parágrafo 4º estabelece que, no caso de não ser possível auferir o faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa aplicada poderá variar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

O artigo 19, por sua vez, prevê a responsabilização judicial das pessoas jurídicas que praticarem algum dos atos considerados lesivos, consistindo as sanções em: perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Relativamente às sanções administrativas, o artigo 7º fixa nove critérios que deverão ser levados em consideração quando da fixação das sanções, sendo que, dentre esses critérios, dois merecem destaque: a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

¹⁸² GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 163.

¹⁸³ CARVALHOSA, 2015, p. 245.

Quanto à cooperação da pessoa jurídica na apuração das infrações cometidas por ela própria ou por alguns de seus funcionários, convém observar que se trata da hipótese do acordo de leniência¹⁸⁴, previsto nos artigos 16 e seguintes da Lei, alterados pela Medida Provisória nº 703/2015. A empresa que colaborar com as investigações poderá ser isenta da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória (prevista no artigo 6º, inciso IV), bem como das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas nas leis relacionadas a licitações e contratos, além de ter a pena de multa reduzida em até 2/3 (dois terços), conforme previsão do artigo 16, § 2º, incisos I e II da Lei¹⁸⁵. O inciso III ainda estabelece que a redução da pena de multa poderá ser, inclusive, completamente remida, no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência, não se aplicando qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.

No tocante aos programas de integridade, a sua existência reduz a fixação da pena imposta se estiverem dentro dos parâmetros estipulados pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.

Assim, a Lei Anticorrupção, em consonância com o padrão internacional, estabelece incentivo expresso e tratamento diferenciado para empresas que possuem programas de integridade, também denominados de programas de conformidade ou *compliance*, efetivos¹⁸⁶. Desse modo, apesar do programa não ser obrigatório, é extremamente recomendável que as empresas, principalmente as de grande porte, possuam órgãos internos de controle¹⁸⁷.

Ao prever essa regra, o objetivo foi de implementar uma cultura empresarial no Brasil de autofiscalização e autocontrole para diminuir a praxe, muitas vezes institucionalizada, de que a corrupção é parte do negócio¹⁸⁸.

Esse programa de integridade previsto na Lei Anticorrupção, de acordo com Carvalhosa¹⁸⁹, segue os padrões do que foi estabelecido pela Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção que determina aos Estados membros o dever de implantar medidas de prevenção à corrupção por meio de transparência contábil e auditoria interna, transparência nas relações comerciais e através de códigos de governança corporativa para a prevenção de conflitos de interesses.

¹⁸⁴ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 137-161. p. 158-159.

¹⁸⁵ Cf. tópico 3.1.2.

¹⁸⁶ MAEDA, 2013, p. 176.

¹⁸⁷ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 169.

¹⁸⁸ GUIMARÃES, op. cit., p. 160.

¹⁸⁹ CARVALHOSA, 2015, p. 327-328.

Esse regime de conformidade deve estabelecer um regime de auditoria interna para verificar as contas e apurar a legitimidade dos negócios jurídicos que as originaram, além de manter um sistema de análise de risco relativamente às atividades e negócios próprios da pessoa jurídica nas relações firmadas. É essencial também que essa auditoria interna mantenha um serviço de recebimento de denúncias e consequente apuração¹⁹⁰.

Ressalte-se que o decreto estabelece um tratamento diferenciado para avaliação do efetivo programa de integridade às microempresas e de pequeno porte, conforme artigo 42, § 3º do Decreto.

Vale observar que, para o programa de *compliance* ser considerado efetivo, ele deve “ser adequado à ação institucional da empresa, no seu contexto negocial, ou seja, o programa deve ser elaborado de acordo com suas especificidades, assim considerado na sua dimensão, riscos e desafios”¹⁹¹.

A Lei não impõe esses comportamentos, mas os estimula com vistas à prevenção e apuração de condutas irregulares.

Dessa análise dos instrumentos normativos, verifica-se um incentivo estatal às empresas para que instituam medidas de prevenção e controle dos delitos econômicos, colaborando com o poder público no combate a essa forma de criminalidade.

Essa colaboração do particular na prevenção dessa classe delitiva se torna necessária no atual cenário de uma economia globalizada, já que a polícia judiciária revela-se incapaz de combater isoladamente essa criminalidade.

2.2 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

A criminalidade econômica, principalmente as modalidades mencionadas nesse trabalho, constituem concorrência desleal prejudicial ao pleno desenvolvimento da economia¹⁹². Esses delitos ameaçam o pacífico e democrático desenvolvimento, obstam a prosperidade do mercado financeiro, eliminam a paz social e a crença nas

¹⁹⁰ CARVALHOSA, 2015, p. 328-329.

¹⁹¹ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 74.

¹⁹² VAZ; MEDINA, 2012, p. 42.

instituições¹⁹³ e criam, ainda, uma sensação de insegurança ante a ausência de segurança pública adequada¹⁹⁴.

Apesar de latente a necessidade de domínio das corporações¹⁹⁵, o aumento progressivo da complexidade social, o desenvolvimento tecnológico aliado ao processo de globalização, a especialização de setores de atividade e as modernas estruturas organizativas retiraram a capacidade do Estado de controlar de forma adequada as estruturas empresariais¹⁹⁶.

Assim, há, de um lado, criminosos que se valem da estrutura complexa e especializada das empresas para a prática de crimes e, de outro lado, um poder público que se revela ineficiente para realizar, sozinho, a persecução dessa criminalidade. Além disso, apenas a punição para os crimes que eventualmente venham a ser praticados não soluciona a problemática, porque o dano social já foi produzido e, muitas vezes, não pode ser recomposto, o que torna essencial a existência de uma efetiva prevenção a essa criminalidade.

Nesse cenário, Coca Vila¹⁹⁷ afirma que é inquestionável que o Estado deve regular o âmbito empresarial, inclusive com sanções penais. Surge, então, uma nova estratégia de regular a atividade empresarial por meio da autorregulação, em que o poder público delega parte de sua função regulatória às próprias empresas e se utiliza delas para intervir de forma mais rigorosa e eficaz¹⁹⁸.

Com isso, o Estado pretende influir sobre as empresas e criar estímulos para que se comportem da maneira desejada¹⁹⁹, tornando-se mais regulador e assumindo uma verdadeira posição de prevenção²⁰⁰.

¹⁹³ VAZ; MEDINA, 2012, p. 42.

¹⁹⁴ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El proceso de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161. p. 145.

¹⁹⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. p. 2. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

¹⁹⁶ COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 43-44.

¹⁹⁷ Ibid., p. 44.

¹⁹⁸ Ibid., p. 45.

¹⁹⁹ KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-76. p. 68.

²⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 250. A propósito, essa necessidade de atuação preventiva na criminalidade econômica visa proporcionar uma efetiva tutela dos bens jurídicos protegidos ante o princípio da vedação de proteção deficiente de bens jurídicos. Cf. DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235-261. p. 241-242.

Através da autorregulação regulada²⁰¹, o Estado, titular do poder regulatório, recorre aos agentes particulares para que colaborem na elaboração de corpos normativos²⁰². O Estado reorienta sua atuação por meio de um intervencionismo à distância, valendo-se da empresa para cumprir seus fins²⁰³.

O poder público delega parte de sua função regulatória para as próprias empresas que contribuem para o processo regulatório sem ceder a titularidade dessa função. Assim, o ente privado age de acordo com os interesses predeterminados pelo Estado²⁰⁴, mas também para satisfazer sua própria pretensão de combater a criminalidade em seu interior.

A vantagem desse sistema em relação à intervenção estatal²⁰⁵ é que as próprias empresas conhecem melhor as particularidades das técnicas e as especificidades da economia moderna, potencializando as devidas regulações jurídico-penais necessárias²⁰⁶.

A autorregulação regulada possui três variantes: a) a autorregulação delegada ou *delegated self-regulation*, através da qual o poder público delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a faculdade de revisão, supervisão e sanção. Verifica-se essa modalidade também quando o Estado regula e delega para a empresa as outras funções; b) autorregulação transferida ou *devolved self-regulation*, por meio da qual o poder estatal transfere o poder de regulação,

²⁰¹ Cabe explicar que, além da autorregulação regulada, existem também os mecanismos de autorregulação pura e metarregulação. A autorregulação pura refere-se àqueles casos em que a própria empresa possui um sistema de regulação interno, sem qualquer intervenção pública na elaboração, na supervisão e na sanção desse sistema. Essa regulação pode consistir em princípios ou standartes gerais de atuação ou em protocolos específicos de riscos próprios de cada setor da atividade. Por sua vez, a metarregulação refere-se à determinação ou condicionamento da atividade de autorregulação por parte do poder público através do estabelecimento de uma série de pautas ou da outorga de incentivos para influenciar a empresa. A autoridade estatal não pretende estabelecer padrões concretos ou normas de comportamento, mas apenas despertar o interesse da empresa em autorregular-se, concedendo uma ampla margem de discricionariedade para que a própria empresa possa estabelecer seu programa. (COCA VILA, 2013, p. 48-51.)

²⁰² Ibid., p. 51.

²⁰³ Ibid., p. 52.

²⁰⁴ Ibid., p. 51.

²⁰⁵ Nesse sentido, é possível afirmar que a regulação visando a colaboração do particular no combate à criminalidade econômica é apenas uma das facetas do novo papel assumido pelo Estado na sociedade contemporânea, isto é, do Estado regulador e intervencionista, conforme estudado no primeiro tópico deste capítulo (Cf. nota 23). Convém mencionar que a participação das empresas não se restringe tão somente ao combate à criminalidade, mas os entes privados estão atuando juntamente com o poder público também no que tange ao equilíbrio do mundo econômico financeiro, principalmente após a crise de 2008. Assim, os entes públicos são dotados de poderes de controle, inspeção e supervisão da atividade empresarial com o objetivo de fomentar nos particulares a consecução dos objetivos estatais políticos e sociais de um modo geral. Cf. LEÓN BERINI, Arturo González de. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal: pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 77-110. p. 77-96-103.

²⁰⁶ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.119.

supervisão e sanção, mas mantém a capacidade de revisar as disposições e de como se realiza o *enforcement*; c) co-regulação ou *cooperative self-regulation*: em que os agentes do poder público trabalham juntamente com os agentes privados na elaboração de sistemas específicos de regulação. Nesse caso, o Estado permite a obtenção de sistemas específicos e individualizados de regulação. O poder público conta com o apoio de grupos de trabalho bilaterais ou de órgãos administrativos compostos por representantes dos sujeitos regulados²⁰⁷. No Brasil, atualmente, a autorregulação assume o viés dessa última variante.

Esse modelo de intervenção constitui uma forma de privatização, em que o Estado transfere ao setor privado a sua responsabilidade em prevenir²⁰⁸. Conforme Nieto Martín²⁰⁹, o poder público exerce um controle social mais sofisticado, determinando a adoção de modelos de condutas por parte das pessoas integrantes de uma organização empresarial.

Essa privatização reforça as possibilidades de controle estatal na luta contra a criminalidade²¹⁰ ao estimular a adoção de determinadas normas de organização destinadas a complementar tanto a função normativa estatal, como a função policial ou sancionadora²¹¹.

Por meio desse mecanismo verifica-se a existência de um apoio recíproco entre órgãos do poder público e agentes particulares, em que o Estado utiliza os mecanismos privados de controle para assegurar suas próprias pretensões de ordem e segurança, e os particulares possuem o amparo oficial do Direito Penal em sua atuação²¹².

A autorregulação ainda é legitimada pelo fato de que não existe um programa de cumprimento legal, isto é, cada empresa, conforme a atividade exercida²¹³, pode avaliar os riscos próprios do exercício daquela atividade, pois possuem necessidades específicas de proteção²¹⁴.

Segundo Nieto Martín²¹⁵, a autorregulação é composta por quatro elementos. O primeiro elemento da autorregulação é a necessidade de que as empresas estabeleçam normas de comportamento, denominadas de códigos de

²⁰⁷ COCA VILA, 2013, p. 51-52.

²⁰⁸ BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal *compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013. p. 306.

²⁰⁹ NIETO MARTÍN, 2008, p. 4.

²¹⁰ MOLINA, 2014, p. 151.

²¹¹ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 5.

²¹² MOLINA, op.cit., p. 151-152.

²¹³ COCA VILA, op. cit., p. 61.

²¹⁴ MOLINA, op. cit., p. 147.

²¹⁵ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 5-7.

conduta, bom governo, boas práticas etc. O segundo elemento corresponde à melhora dos sistemas de informação e documentação, evitando-se a compartimentalização da informação. A terceira característica consiste na designação de pessoas e órgãos pela pessoa jurídica que sejam responsáveis pelo zelo na efetividade da organização empresarial, tais como os órgãos de *criminal compliance* e cumprimento dos comitês de auditoria. Por fim, o quarto elemento corresponde à exigência de um controle externo que certifique, avalie ou audite a idoneidade do sistema de autorregulação.

Portanto, é dentro da autorregulação regulada que se insere o conceito de *compliance*²¹⁶, que, de acordo com Palermo e Bermejo, significa cumprimento, observância, conformidade com determinados mandatos e faz alusão a procedimentos para a transposição de prescrições legais com a pretensão de evitar a criminalidade empresarial²¹⁷.

Contudo, mais do que evitar a criminalidade empresarial, o *compliance* corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa²¹⁸.

A finalidade do *compliance* é a aplicação de normas jurídicas e outras diretivas definidas para a empresa e, através delas, cumprir o direito vigente e evitar prejuízos para a empresa, seus órgãos e empregados²¹⁹. Assim, sendo praticado algum crime no ambiente empresarial, programas de *compliance* efetivos aumentarão as chances de que a própria empresa o detecte, possibilitando a investigação e a remediação interna do dano eventualmente causado²²⁰.

De acordo com Montiel²²¹, esses programas devem funcionar como verdadeiros mecanismos organizacionais que “i) informam e motivam os empregados a comportar-se de acordo com a lei; ii) detectam transgressões ou recompensam

²¹⁶ A gestão em *compliance* das empresas, além das determinações estatais, também foi fortalecida pela concepção da governança corporativa (ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil. Os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 20, p. 265-306, jul/dez. 2011. p. 278), que decorre da exigência do próprio mercado de que exista maior transparência e cumprimento da legislação nas relações empresariais. A governança corporativa corresponde a um mecanismo de gestão empresarial que utiliza a implementação de boas práticas (através de um regulamento interno denominado de Código de Ética) para diminuir o potencial de lesão à corporação (BENEDETTI, 2014. p. 86/87). Essa forma de gestão pretende gerar mais informação e transparência nas atividades empresariais, buscando atrair mais investimentos. A concepção de governança corporativa pretende submeter a economia tanto à legislação quanto a padrões éticos e de responsabilidade, obrigando uma atuação pautada na boa-fé e na lealdade. (WALD, Arnoldo. O governo das empresas. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 15, p. 53, jan. 2002.)

²¹⁷ PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 176.

²¹⁸ MAEDA, 2013, p. 167.

²¹⁹ PALERMO; BERMEJO, op. cit., p. 176.

²²⁰ MAEDA, op. cit., p. 192.

²²¹ MONTIEL, 2013, p. 225. (tradução nossa)

comportamentos mediante avanços ou promoções; e iii) sancionam aqueles que cometeram algum ilícito”.

Esse mecanismo parte do pressuposto de que a causa essencial da criminalidade empresarial é a falta de valores éticos e sociais e considera que, por isso, a modificação na forma de gestão da empresa com a introdução de diretrizes éticas de comportamento e o fomento desses valores no mundo empresarial é a forma mais eficaz de luta contra essa classe de delinquência. Em geral, tais diretrizes reproduzem praticamente as normas de comportamento penais e, assim, conforme Pastor Muñoz²²², funcionam como verdadeiros “alto-falantes” da legislação penal atinente.

Com a gestão da empresa em *compliance* e a implementação desses programas não se espera que as corporações sejam capazes de impedir toda e qualquer violação, mas o que se pretende é a instituição de uma postura diligente e vigilante por parte das organizações empresariais para que, ante os riscos próprios de suas operações, reduzam ao máximo as violações²²³.

Esses programas são naturalmente orientados ao controle interno e possuem um conteúdo específico de prevenção, buscando compensar os efeitos criminógenos característicos das organizações empresariais²²⁴. O controle interno da própria organização se expressa como uma verdadeira estratégia político-criminal cujo fim é controlar aquele delito próprio do âmbito empresarial²²⁵.

Tratando-se de uma estratégia político-criminal, observa-se que o *compliance* corresponde, em uma de suas vertentes, à soma de medidas destinadas a prevenir a prática de ilícitos, a descobrir eventuais crimes cometidos e a proteger o patrimônio empresarial²²⁶.

²²² PASTOR MUÑOZ, 2006, p. 8.

²²³ MAEDA, 2013, p. 181.

²²⁴ PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 176.

²²⁵ Ibid., p. 171.

²²⁶ Coca Vila (2013, p. 70), apesar de apresentar o *compliance* como sistema integrante da autorregulação, esclarece que, para ele, a própria noção de *compliance* excluiria a noção de autorregulação. Isso porque, segundo o autor, ao se afirmar que o *compliance* corresponde a um instrumento de minimização de riscos jurídico-penais, e que o seu objetivo é estabelecer medidas de prevenção a esses riscos, implicitamente se está assumindo que a empresa não tem nenhum poder configurador jurídico, mas que apenas deve captar a mensagem pública (e transmitir aos seus integrantes) sobre o que pode e o que não pode acontecer no seu interior. Nesse cenário, os programas de cumprimento são uma ferramenta fundamental para a positivação das medidas necessárias para atuar conforme um direito já dado, de modo que as corporações apenas internalizam em seu seio essas exigências legais.

Nesse sentido, esses programas se tornam necessários ao se considerar a ineficácia preventiva das normativas jurídicas em geral²²⁷ e da ineficiência da persecução estatal (considerando seu orçamento e suas estruturas burocráticas)²²⁸.

Depreende-se, portanto, que o objetivo fundamental do *compliance* é a mudança de cultura no ambiente corporativo, por meio de um gestão empresarial baseada em valores éticos e comportamentais, “em um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção”²²⁹.

A forma como essa gestão se desenvolve, os desmembramentos que dela decorre e a atuação das pessoas responsáveis pela execução do programa de cumprimento serão estudados no próximo capítulo.

²²⁷ PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 171-172.

²²⁸ MONTIEL, 2013, p. 223.

²²⁹ MAEDA, 2013, p. 201.

3 A ESTRUTURA DA *CRIMINAL COMPLIANCE* E A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER*

3.1 *COMPLIANCE* E *CRIMINAL COMPLIANCE*: O PAPEL DESEMPENHADO NA ATUAL ESTRUTURA DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS-EMPRESARIAIS

O *compliance*, como visto, é uma variante da denominada autorregulação regulada e corresponde a uma atuação conjunta dos atores da vida econômica e dos agentes estatais no que diz respeito ao cumprimento da lei. Nesse contexto, é uma forma de gestão da atividade empresarial que preza pela obediência não só à legislação, mas também a valores e princípios éticos²³⁰.

Gestão, por sua vez, corresponde à atividade de organizar, coordenar e controlar os fatores pessoais, materiais e financeiros de uma instituição, com a pretensão de alcançar um objetivo predeterminado²³¹. Assim, ao se dizer que o *compliance* é uma forma de gestão da atividade empresarial, afirma-se que é um modo de administrar a empresa em que se alocam recursos e pessoal para que cumpram com a normativa jurídica durante o desempenho da sua atividade²³².

Portanto, mais do que um setor dentro da empresa destinado a prevenir a criminalidade, o *compliance* corresponde a uma forma de gerir a empresa que está

²³⁰ Convém explicar que existem dois modelos de programas de cumprimento: um modelo que previne a prática de ilícitos através do desenvolvimento de valores éticos e do ideal de respeito à legalidade dentro da empresa, em que são utilizados procedimentos de medidas contábeis, de seleção de provedores e de pessoal, do controle do fluxo de efetivo, de *due diligence* etc.; e um modelo que se baseia na vigilância, apostando em medidas de controle como o acesso aos correios eletrônicos, registro das chamadas telefônicas e dos acessos à internet, videovigilância e contratação de detetives privados e outros métodos de *fishing*, buscando detectar de maneira indiscriminada comportamentos infratores na empresa. Nesse modelo, a vigilância empresarial inclui técnicas de *risk profiling*, estabelecendo um índice de risco delitivo através do perfil criminal de determinados empregados ou aspirantes a cargos de direção. Nieto Martín esclarece que o modelo de cumprimento preferível deve ser orientado aos valores, porque o *compliance* entendido como controle e vigilância converte a empresa a uma forma de panóptico que afeta seriamente direitos fundamentais como a intimidade, segredo das comunicações e direito a proteção de dados, em que o empresário se situa em uma posição de *big brother*. (NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 21-50. p. 33-34.). Nesse caso, há riscos de violação às esferas de intimidade dos trabalhadores que são imutáveis e não admitem ingerências por parte do empregador. (Cf. MONTIEL, 2013, p. 235-236.)

²³¹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 54.

²³² A esse respeito, nota-se que a estrutura econômica e as finalidades básicas da empresa podem, muitas vezes, confrontar com o cumprimento do direito, sendo frequente que sobre uma mesma situação colidam valores opostos e ocorra tensão (Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Cizur Menor: Arazandi; Thomson Reuters, 2011. p.17-18), razão pela qual se torna essencial que a orientação empresarial seja, independentemente de qualquer outro aspecto, o cumprimento ao direito.

atrelada à concepção de governança corporativa²³³. Isso explica a diferença entre as afirmações de que uma empresa “está em *compliance*” e de que a empresa “possui um programa de *compliance*”²³⁴.

O *compliance* determina a incorporação na estrutura empresarial de mecanismos de controle dos destinos negociais da atividade²³⁵, dedicados a assegurar não só a observância de leis, standartes e diretivas empresariais, mas também parâmetros éticos e de política empresarial²³⁶. Adotar o *compliance* como forma de gestão corresponde a uma decisão estratégica de conduzir os negócios através da fidelidade ao Direito²³⁷. Aliás, o fundamento da concepção de *compliance* e da necessidade do seu desenvolvimento é a ideia de que em um Estado de Direito é perfeitamente exigível de todas as pessoas físicas e jurídicas que se submetam à lei²³⁸.

Por isso é que a noção de *compliance* vai além da noção de que corresponde a meros mandamentos éticos a serem exercidos no relacionamento da empresa com o mercado²³⁹.

A partir da percepção de que a empresa é um foco de perigo, tem-se que a não contenção de tais focos, aliado ao crescimento da complexidade das organizações empresariais²⁴⁰, proporcionará o descontrole dos riscos e dificultará cada vez mais a prevenção. Os órgãos de direção, portanto, têm o dever de estabelecer mecanismos organizativos adequados para evitar a sua existência ou minimizá-los até que se tornem riscos tolerados²⁴¹, substituindo o estado de coisas defeituosas

²³³ Cf. nota 216 do capítulo 2.

²³⁴ Aliás, uma empresa que apenas possua um programa de *compliance*, mas que não tenha incorporado a racionalidade do regime de conformidade dificilmente terá um programa de *compliance* efetivo. A probabilidade, inclusive, é de que a direção dessa empresa sequer tenha a intenção de ter um programa idôneo. Nesse caso, a empresa instala o programa com o objetivo de demonstrar aos órgãos estatais que está cumprindo a lei, mas sem cumpri-la verdadeiramente. O programa se revela, nessa hipótese, apenas um instrumento à disposição do empresário para adequação formal à lei.

²³⁵ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 262.

²³⁶ Ibid., p. 65.

²³⁷ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199. p.182.

²³⁸ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218. p. 208.

²³⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 250.

²⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estratégia político-criminal. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2006, n. 364, jul. 2006. p. 4. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

²⁴¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho Penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331. p.322-323.

existentes na pessoa jurídica, favorecedores de fatos delitivos individuais, por estados de coisas favoráveis ao cumprimento do Direito por parte dos subordinados²⁴².

Importante observar que as atividades desenvolvidas pela empresa e os crimes que venham a ser praticados em seu interior produzem efeitos em vários grupos que se relacionam com o estabelecimento e na sociedade em geral, razão pela qual uma gestão responsável da atividade empresarial deve equilibrar as necessidades e expectativas de todos²⁴³, inclusive de seus próprios valores econômicos²⁴⁴.

Para o atendimento a todos os interesses em questão, a autorregulação regulada se revela imprescindível, uma vez que permite a liberdade de atuação²⁴⁵ na utilização do ordenamento jurídico e das ferramentas disponíveis, possibilitando a empresa que molde sua atuação conforme a sua estrutura. Há, portanto, uma margem de discricionariedade para aqueles que concretizarão o programa, de modo que o ordenamento estatal e os sistemas privados interajam funcionalmente no cumprimento de suas tarefas²⁴⁶. Dito de outra forma, o *compliance* dentro de uma determinada empresa realiza e reforça as normas estatais por meio dos mecanismos eleitos de acordo com a estrutura e necessidade da atividade desenvolvida.

Apesar dessa discricionariedade com relação à forma de atuação, as leis que os programas de *compliance* cumprem ou reforçam são, dentro do marco previsto, vinculantes e reforçadas por sanções (que podem ser aplicadas às pessoas físicas e jurídicas envolvidas no ato delitivo) no caso de seu descumprimento²⁴⁷. Por isso é que Benedetti²⁴⁸ afirma que o instituto do *compliance* pode ser dividido em dois campos, um objetivo e um subjetivo. O aspecto objetivo diz respeito à obrigatoriedade de cumprimento à legislação relativa à atividade empresarial e, por isso, corresponde ao

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 79-105. p. 101.

²⁴³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. La posible responsabilidad penal del auditor ambiental. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**. Barcelona, v. 2/2012, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260827>>. Acesso em: 12 out. 2015. p. 4.

²⁴⁴ O cumprimento do direito tem significado econômico para a empresa, uma vez que a confiança no mercado é fortalecida e a configuração estrutural e de seus valores são reforçados, além do fato de ser um fator de êxito empresarial que torna as empresas atrativas para as instituições financeiras, para profissionais sérios e para eventuais incorporações ou fusões. A prática de crimes, além de gerar perdas econômicas para o estabelecimento, pode afetar sua autorização para operar em uma atividade econômica e prejudicar o seu prestígio social. Cf. AGUSTINA SANLLEHÍ, 2009, p. 8; RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira**: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19; BACIGALUPO, 2011, p.17-18; GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 68-69.

²⁴⁵ PALERMO, BERMEJO, 2013, p. 177.

²⁴⁶ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) **El derecho penal económico en la era compliance**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109. p. 77-78.

²⁴⁷ Ibid., p. 79.

²⁴⁸ BENEDETTI, 2014, p. 80.

aspecto vinculado do *compliance*. A esfera subjetiva, por sua vez, corresponde a regulamentos internos e à utilização de mecanismos próprios, havendo discricionariedade na atuação dos gestores. Essa discricionariedade é essencial para o bom desenvolvimento do programa, de acordo com o ramo da atividade desenvolvida e o tamanho da empresa²⁴⁹, já que cada setor empresarial apresenta riscos próprios à sua essência²⁵⁰.

Vale reforçar que as regulações próprias das empresas, no âmbito de uma economia global e complexa desenvolvida no seio de numerosas especializações técnicas e econômicas, são mais vantajosas e efetivas que as regulações administrativas ou penais gerais, as quais não se adaptam concretamente a cada empresa²⁵¹.

Não há dúvidas de que a gestão empresarial em *compliance* deve garantir o comportamento empresarial conforme a lei²⁵². E, no interior dessa gestão em *compliance*, para evitar que ocorram delitos decorrentes de uma má gestão da atividade empresarial²⁵³, bem como para que sejam descobertos os perigos tipicamente empresariais²⁵⁴, desenvolve-se a *criminal compliance*.

Através da *criminal compliance* as diretrizes da atividade empresarial são combinadas com a prevenção da criminalidade típica a esse setor²⁵⁵ e os riscos passam a ser geridos para evitar a ocorrência de crimes no âmbito da empresa²⁵⁶.

A atuação é preventiva e consiste na elaboração de uma análise jurídica de todas as ações pertinentes à atividade da empresa em suas relações internas e externas²⁵⁷, pretendendo adaptar a empresa à toda normativa que rege sua atividade²⁵⁸ e impedir condutas desviadas dentro de uma organização²⁵⁹. Com isso, é possível definir os campos de ação da empresa, evitar zonas cinzentas

²⁴⁹ BOCK, Dennis. *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 107-121. p. 112.

²⁵⁰ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; ANTONIETTO, Caio. *Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos a gestão da atividade empresarial*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 23, n. 114, mai-jun./2015, p. 341-375. p. 351.

²⁵¹ SIEBER, 2013, p. 98-99.

²⁵² BACIGALUPO, 2011, p.93.

²⁵³ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 53.

²⁵⁴ ROBLES PLANAS, 2013, p. 322-323.

²⁵⁵ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 262.

²⁵⁶ SCANDELARI, 2015, p. 183.

²⁵⁷ BENEDETTI, 2014, p. 126.

²⁵⁸ Sánchez Rios e Antonietto (op. cit., p. 351) esclarecem que um dos motivos para o surgimento da *criminal compliance* é a dificuldade do empresário em se adaptar a toda normativa (tributária, ambiental, laboral, administrativa, etc.) que rege sua atividade.

²⁵⁹ NIETO MARTÍN, 2013, p. 29.

criminógenas²⁶⁰, estabelecer os âmbitos de riscos relevantes da conduta de seus funcionários e identificar os deveres relativos a cada setor da empresa²⁶¹.

Nesse contexto, a *criminal compliance* revela-se um instituto de prevenção criminal²⁶² e de controle social²⁶³ que atua de forma *ex ante* ao delito, ou seja, antes da incidência da norma penal²⁶⁴ (e, na realidade, com o objetivo de evitar a incidência dessa norma²⁶⁵), diferentemente do direito penal tradicional que atua *ex post*²⁶⁶.

O objetivo da *criminal compliance*, de acordo com Bock²⁶⁷, é alcançar uma estrutura de fidelidade irrestrita ao direito para evitar riscos de responsabilidade penal e diminuir os danos de eventuais fatos típicos que venham a ser cometidos.

Nesse aspecto, a pretensão da *criminal compliance* não é a garantia de que a atividade desenvolvida não apresenta mais qualquer risco, uma vez que o risco é inerente à própria noção de desenvolvimento e essencial para o progresso da vida em sociedade, mas, sim, de que as empresas, no marco de seu dever de supervisão, adotaram as medidas que eram possíveis para evitar o cometimento de infrações por seus funcionários²⁶⁸. Por isso é que se afirma que a implementação desses mecanismos pelas empresas não se destina propriamente à prevenção e repressão dos delitos, mas sim à prevenção dos riscos²⁶⁹ de cometimento de delitos e à gestão mais eficiente desses riscos²⁷⁰.

Consequentemente, a prevenção e a gestão dos riscos acabam por controlar a criminalidade²⁷¹ no interior das pessoas jurídicas, além de aprimorar o relacionamento com os agentes estatais, com os acionistas e com os clientes, possibilitar a decisão de negócios em conformidade com o mercado, propiciar o

²⁶⁰ SIEBER, 2013, p. 91.

²⁶¹ SCANDELARI, 2015, p. 184.

²⁶² BENEDETTI, 2014, p. 87.

²⁶³ NIETO MARTÍN, 2013, p. 29.

²⁶⁴ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 351.

²⁶⁵ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, loc. cit.

²⁶⁶ Nesse aspecto, Saavedra elucida que o direito penal tradicional trabalha com a análise de condutas que já violaram algum bem jurídico digno de tutela penal, ao passo que a *criminal compliance* analisa os controles internos e as medidas que podem prevenir determinados delitos. Cf. SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. In: **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, ano 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance>. Acesso em: 13 nov. 2015.

²⁶⁷ BOCK, 2013, p. 107; 111-112.

²⁶⁸ Ibid., p. 108; 112.

²⁶⁹ MOLINA, 2014, p. 144.

²⁷⁰ FEBRABAN – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance**, maio 2013. p. 9. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoes_compliance.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

²⁷¹ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 21.

acompanhamento das correções e deficiências e evitar os custos da não conformidade²⁷².

Sobre os custos da não conformidade (*non compliance*) é importante notar que, para a empresa, é interessante que o direito penal não intervenha em seu negócio, porque a pessoa jurídica não possui controle sobre os desmembramentos que podem ocorrer durante o processo penal pelo clima de intranquilidade que se instaura no ambiente e pela perda do prestígio empresarial²⁷³.

Com isso, a ameaça de um processo penal serve à empresa como um mecanismo para motivar seus funcionários e diretores a serem leais aos interesses empresariais e a cumprirem as medidas de autorregulação²⁷⁴.

Desse modo, no campo da *criminal compliance*, o direito penal adquire uma nova perspectiva e, apesar de o poder público parecer ter sido “excluído” do âmbito empresarial, denota-se que continua a atuar de forma ativa na consecução da política criminal, adaptando-se ao cenário econômico-financeiro globalizado²⁷⁵.

3.1.1 Características do programa de *criminal compliance*

A incorporação do *compliance* na estrutura empresarial e a instalação de um programa de *criminal compliance* comportam elementos de ordem objetiva e subjetiva, conforme analisado. A discricionariedade conferida à administração e aos gestores do programa é fundamental em virtude das diferentes estruturas empresariais existentes e diversos ramos de atividade. Em razão disso, inexistente um modelo padrão de *compliance*, não sendo possível traçar um modelo que se adapte de forma universal a todas as pessoas jurídicas indistintamente.

Relativamente a esse aspecto, Nieto Martín²⁷⁶ esclarece que os riscos de uma construtora não são os mesmos riscos existentes em um banco ou em uma empresa tecnológica, impondo-se a análise dos riscos específicos de cada atividade para que o programa de cumprimento possa atender às circunstâncias e aos riscos previsíveis de cada pessoa jurídica.

²⁷² FEBRABAN, 2013, p. 8.

²⁷³ PASTOR MUÑOZ, 2006, p.6.

²⁷⁴ Ibid., p. 3-9.

²⁷⁵ RUIVO, 2011, p. 23.

²⁷⁶ NIETO MARTÍN, 2013, p. 44-45.

Assim, o que possibilita que um programa de *criminal compliance* alcance a máxima eficiência possível é a sua adequação à ação institucional da empresa em seu contexto negocial, de acordo com a dimensão, riscos e desafios²⁷⁷. O programa deve conciliar, na medida do possível, os interesses dos proprietários, dos sócios comerciais, dos empregados, dos consumidores, das demais pessoas que se relacionam com a empresa e os interesses sociais²⁷⁸.

A Federação Brasileira dos Bancos (Febraban)²⁷⁹ indica que as atividades de *compliance* devem possibilitar a adequação da demanda empresarial à regulação, propiciar melhor prestação de informações (financeiras ou não) e instaurar padrões mais altos de desempenho, além de estabelecer o comprometimento com a ética e a integridade.

Apesar de não ser possível estabelecer características de um programa de *criminal compliance* adaptáveis instantânea e automaticamente a toda e qualquer empresa, a doutrina apresenta uma série de elementos que podem ser caracterizados como gerais e essenciais (ainda que sejam adaptáveis a cada estrutura empresarial) para a implementação e desenvolvimento do programa no seio empresarial, os quais podem ser assim sintetizados:

3.1.1.1 Políticas, controles e procedimentos

De acordo com Maeda²⁸⁰, o *compliance* deve fixar condutas padrões e de procedimentos para prevenir e detectar medidas indevidas, bem como estabelecer medidas razoáveis para garantir o cumprimento desses padrões. Questões relativas a brindes e presentes, entretenimento, hospitalidade, viagens, contribuições políticas, doações e patrocínios, pagamentos de facilitação, extorsão e solicitação de propina devem ser devidamente disciplinadas²⁸¹, fixando-se uma atuação padrão por parte dos funcionários em cada uma dessas circunstâncias e a correspondente sanção no caso de uma atuação diversa.

Aos elementos indicados acima podem ser acrescentados também o estabelecimento de padrões no tocante ao relacionamento com a Administração

²⁷⁷ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 74.

²⁷⁸ SIEBER, 2013, p. 71.3

²⁷⁹ FEBRABAN, 2013, p. 23.

²⁸⁰ MAEDA, 2013, p. 190.

²⁸¹ Ibid., p. 191.

Pública, a obrigatoriedade e a respectiva forma de comunicação aos órgãos societários²⁸², bem como a determinação do procedimento a se empregar em casos de suspeita e o destino que deve ser dado aos resultados das investigações²⁸³.

Menciona-se também a necessidade de estabelecer controles eficientes dos pagamentos e de registro das transações conforme sua verdadeira natureza, ou seja, de que brindes para clientes não devem ser registrados como custos de marketing, por exemplo²⁸⁴. Com isso, pretende-se que qualquer extrapolação dos limites trazidos nas políticas empresariais seja detectada facilmente²⁸⁵.

Isso é importante porque os empregados devem poder confiar que atuam conforme os padrões estabelecidos nas normas internas da empresa²⁸⁶, principalmente naqueles casos em que a legislação não prevê determinadas situações²⁸⁷.

No tocante à contratação e utilização de terceiros²⁸⁸, igualmente devem ser estabelecidas políticas e procedimentos para garantir o acompanhamento das atividades desenvolvidas por ele. A companhia deve ter procedimentos para, antes da contratação desses profissionais, efetivar uma verificação da reputação, histórico e conexões com agentes públicos²⁸⁹.

Para Coca Vila²⁹⁰, trata-se de pré-estabelecer os objetivos empresariais e as metas que se pretende atingir com a organização do programa de cumprimento.

3.1.1.2 Compromisso e envolvimento da alta administração

É fundamental para a incorporação do *compliance* que a alta administração da empresa esteja, de fato, comprometida e envolvida com os princípios éticos²⁹¹. Deve, portanto, adotar uma postura de não tolerância a violações de conduta

²⁸² SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 125-126.

²⁸³ SIEBER, 2013, p. 75.

²⁸⁴ CLAYTON, 2013, p. 155.

²⁸⁵ MAEDA, 2013, p. 192.

²⁸⁶ NIETO MARTÍN, 2008, p. 11.

²⁸⁷ MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 45.

²⁸⁸ Observa-se que a contratação e utilização de serviços de terceirizados representa uma das principais áreas de risco de corrupção, já que essas pessoas podem ser utilizadas como forma de canalizar pagamentos a funcionários públicos. Acrescente-se a isso a dificuldade de controle e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelo terceiro por parte da empresa (MAEDA, op. cit., p. 193).

²⁸⁹ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 79-80.

²⁹⁰ COCA VILA, 2013, p. 57.

²⁹¹ CARVALHOSA, 2015, p. 328.

e transmitir a mensagem inequívoca de que a empresa está comprometida com o desenvolvimento de negócios amparados por princípios sólidos de integridade corporativa²⁹².

Esse papel da administração, referenciado por *tone from the top* e *top level commitment*, é essencial para introduzir no ambiente corporativo uma “cultura de *compliance*”, disseminando-a entre os colaboradores por meio de seu discurso e de exemplo de atuação²⁹³. Inclusive, Manzi²⁹⁴ destaca que periodicamente o presidente deve enviar comunicados destacando os altos padrões éticos da companhia.

Se a administração transmitir a mensagem inversa, isto é, de que as metas devem prevalecer sobre a conduta ética, o programa de *compliance* estará fadado ao fracasso²⁹⁵. Nesse aspecto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²⁹⁶ ressalta que, para que o *compliance* integre efetivamente a cultura corporativa, não deve existir cobrança da alta administração para que os funcionários obtenham resultados a qualquer custo ou qualquer forma de incentivo (ainda que velado) a práticas ilícitas que tragam resultados positivos para a empresa no curto prazo²⁹⁷.

Além da transmissão dessa mensagem, é fundamental que a administração propicie um suporte concreto para a formação de uma estrutura de *compliance* adequada, com profissionais de nível hierárquico apropriado, recursos e acesso direto aos mais altos níveis de governança da empresa. Os recursos a serem alocados na implementação das medidas para criação e administração do programa de *compliance* englobam a disponibilidade de profissionais devidamente treinados para atuar em diversas áreas e em diferentes localidades que a empresa atua, principalmente naquelas com maiores riscos²⁹⁸.

²⁹² MAEDA, 2013, p. 182.

²⁹³ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 77.

²⁹⁴ MANZI, 2008, p. 46.

²⁹⁵ MAEDA, op. cit., p. 182.

²⁹⁶ CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia – Programas de Compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial (versão preliminar), Brasília, 2015. p. 17. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf>>.

Acesso em: 14 nov. 2015.

²⁹⁷ Cf. nota 54 do capítulo 2.

²⁹⁸ MAEDA, op. cit., p. 184.

3.1.1.3 Delimitação dos âmbitos de competência

As posições profissionais devem ser devidamente distribuídas²⁹⁹, definindo-se de forma clara quais são as posições de garantia assumidas por cada um dentro da empresa. Isso facilitará a identificação dos responsáveis por cada processo e tornará mais difícil que a responsabilidade se dissolva dentro dos diversos níveis empresariais³⁰⁰.

3.1.1.4 Código de Ética e de Conduta

A empresa deve criar um código de conduta próprio levando em consideração as suas peculiaridades. Por meio desse código, considerado por Bacigalupo³⁰¹ como a pedra fundamental na construção de um sistema de *compliance*, são fixados os valores e princípios éticos da companhia e os procedimentos e políticas de controle e mitigação dos riscos³⁰².

O código deve conter valores centrais da organização, o compromisso de cumprimento de todas as leis e regulamentos aplicáveis, a forma de resolução dos conflitos de interesses, regras relativas à doação e recebimento de presentes e gratuidades, a obrigatoriedade de transparência e exatidão nas divulgações ao público³⁰³, a necessidade de obediência aos direitos humanos e a proibição de discriminação, a exigência da correta contabilidade e autenticidade das informações, o cumprimento das exigências de proteção do meio ambiente e da saúde e a regulação das denúncias internas de irregularidades³⁰⁴.

Para Nieto Martín³⁰⁵, esses códigos representam a criação de um outro corpo normativo dentro da empresa que integra ou envolve o sistema de *compliance*, visando fomentar ainda mais a cultura da legalidade.

Por fim, é fundamental que os códigos sejam entregues a todos os membros da empresa e às demais pessoas que com ela se relacionam de modo

²⁹⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 125-126.

³⁰⁰ COCA VILA, 2013, p. 58.

³⁰¹ BACIGALUPO, 2011, p. 98-99.

³⁰² GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 78.

³⁰³ GRECO FILHO; RASSI, loc. cit.

³⁰⁴ BACIGALUPO, op. cit., p. 99.

³⁰⁵ NIETO MARTÍN, 2013, p. 25.

solene³⁰⁶, além de possuir uma leitura de fácil compreensão que permita o correto entendimento por todos.

3.1.1.5 Mapeamento e análise de riscos

O programa de cumprimento deve estabelecer mecanismos que permitam identificar antecipadamente as principais áreas de risco e as circunstâncias nas quais as práticas ilícitas e as violações sejam mais propensas para que se implementem medidas adequadas e proporcionais para reduzir o risco de violações, o que pode ocorrer por meio da alocação de recursos com foco nas áreas e regiões com maior exposição a eventos adversos³⁰⁷. Após a identificação dos riscos, deve ser analisada a probabilidade de que tais eventos se verifiquem na prática e qual seria o impacto na hipótese de sua ocorrência³⁰⁸.

Essa prática de análise e mapeamento de riscos dos negócios é conhecida como *risk assessment*³⁰⁹.

Devem ser avaliados tanto riscos externos quanto internos. Dentre os riscos externos podem ser mencionados os riscos específicos da indústria ou setor em que a empresa atua; o ambiente regulatório e a percepção de risco de corrupção em cada região ou país; o nível de envolvimento da empresa em negócios com o governo, entidades governamentais ou empresas públicas; as principais áreas de interação da empresa com órgãos governamentais, bem como os riscos específicos de cada uma dessas áreas, em cada país ou região; e o modelo de negócios da empresa, incluindo o uso de terceiros intermediários em vendas para o governo ou em áreas de interação com órgãos governamentais. Quanto aos riscos internos, destacam-se o tamanho da empresa; o nível de conscientização e conhecimento de políticas e normas por parte dos empregados; o histórico de violações e investigações; o nível de rotatividade de empregados (principalmente em áreas e funções de maior risco); bem como a possibilidade de detectar as violações³¹⁰.

³⁰⁶ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 79.

³⁰⁷ MAEDA, 2013, p. 186-187.

³⁰⁸ CADE, 2015, p. 20.

³⁰⁹ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 80.

³¹⁰ MAEDA, op. cit., p. 188. Grego Filho e Rassi (op. cit., p. 80-81) indicam os mesmos elementos a serem avaliados no âmbito externo.

Devidamente mapeados os riscos, as empresas devem criar normas de conduta e sistemas internos de controle com o fim de evitar a aparição desses riscos ou reduzi-los de forma razoável. Nesse ponto, Nieto Martín³¹¹ aponta a auto-organização empresarial como uma fonte de normas de cuidado.

É necessário que esses riscos sejam constantemente avaliados e vigiados³¹², pois o cenário legal e regulatório é frequentemente renovado e os próprios negócios da empresa são mutáveis, alterando-se os riscos existentes³¹³.

3.1.1.6 Diligência prévia (*due diligence*)

Consiste na análise apurada dos termos contratuais de cada negócio jurídico realizado, na investigação da origem da negociação, bem como da sua finalidade, valor e necessidade e, principalmente, das implicações jurídicas e econômicas que decorrerão daquele negócio³¹⁴.

De acordo com Greco Filho e Rassi, essa análise deve ser realizada principalmente nos contratos firmados com terceiros distribuidores, consultores, despachantes e revendedores, porque é geralmente por intermédio dessas pessoas que o pagamento de suborno a funcionários públicos pode ocorrer³¹⁵.

3.1.1.7 Seleção, instrução e treinamento contínuo dos empregados e dirigentes

A empresa deve conter em seus postos de trabalho pessoas que signifiquem um risco suficientemente baixo de cometimento de ilícitos, razão pela qual é necessária uma seleção cuidadosa de seus colaboradores³¹⁶. É fundamental que o funcionário seja considerado no desenho e na implementação das autorregulações³¹⁷.

³¹¹ NIETO MARTÍN, 2008, p. 10-11.

³¹² BOCK, 2013, p. 114.

³¹³ MAEDA, 2013, p. 189-190.

³¹⁴ CARVALHOSA, 2015, p. 328-329.

³¹⁵ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 81.

³¹⁶ BOCK, op. cit., p. 116.

³¹⁷ MONTIEL, 2013, p. 226.

Após uma seleção cuidadosa, os empregados e os dirigentes³¹⁸ (e, conforme o caso, os terceirizados que prestam serviços para a companhia) devem ser instruídos e treinados continuamente – tanto nos processos empresariais quanto com relação à normativa jurídica – de forma suficiente para que realizem seu trabalho sem infringir as regras vigentes³¹⁹, sempre recebendo certificação dos treinamentos recebidos³²⁰. Determinadas áreas de risco mais elevado, como de compras e de contabilidade, devem receber treinamentos diferenciados³²¹, pois os empregados devem conhecer a informação relativa aos riscos que sejam relevantes para o exercício de sua concreta atividade³²².

Na realização desses treinamentos, os princípios e valores éticos da empresa devem ser transmitidos de forma clara e inequívoca ao seu pessoal, uma vez que o desconhecimento das políticas e procedimentos por quem deve obedecê-los equivale a políticas e procedimentos inexistentes. Além disso, nos treinamentos podem ser esclarecidos quaisquer pontos que não tenham sido devidamente compreendidos pela equipe, sendo um momento propício também para que se mapeiem e se analisem riscos³²³.

É crucial também para o bom desenvolvimento do programa que exista uma supervisão desses funcionários, para garantir o cumprimento do que lhes foi transmitido³²⁴.

3.1.1.8 Revisão e aprimoramento contínuo

Implementado o programa, a efetiva aplicação e a proporcionalidade das medidas devem ser monitoradas para que o programa, ante a evolução e modificação dos negócios da empresa³²⁵, não fique defasado.

Nessa revisão contínua, devem ser acompanhadas as novidades legislativas³²⁶, bem como analisadas as atividades desenvolvidas pela equipe, principalmente a dos funcionários responsáveis pelo programa.

³¹⁸ CARVALHOSA, 2015, p. 330

³¹⁹ BOCK, 2013, p. 117.

³²⁰ MANZI, 2008, p. 49.

³²¹ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 82.

³²² COCA VILA, 2013, p. 58.

³²³ MAEDA, 2013, p. 196-197.

³²⁴ BOCK, op. cit., p. 118.

³²⁵ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 85.

Desse elemento, depreende-se que um programa de *criminal compliance* efetivo deve acompanhar o ritmo da atividade negocial, sendo completamente inviável um programa estanque.

3.1.1.9 Canal de denúncias

A empresa deve criar um canal de denúncias para que tanto seus colaboradores quanto pessoas externas à empresa possam reportar quaisquer violações à lei ou aos princípios da empresa³²⁷. Esse canal é fundamental para a efetividade do programa de cumprimento³²⁸ e para afastar determinados fatores criminógenos³²⁹ existentes na estrutura empresarial³³⁰.

No âmbito interno da empresa, esse canal de denúncia é comumente conhecido por *whistleblowing*³³¹ ou *hotline*³³² e consiste na possibilidade do empregado, sem medo de sofrer sanções por isso, dirigir-se a uma determinada instância e comunicar a suspeita (ou a certeza) de que uma norma tenha sido infringida, reduzindo a probabilidade de comissão de delitos significativos³³³.

A implementação desse canal supõe a imposição de um dever aos trabalhadores de comunicar as infrações que possam chegar a conhecer³³⁴. Ao lado desse dever do funcionário, surge o dever da administração de garantir que os empregados ou membros da organização que comuniquem o cometimento do ilícito sejam juridicamente amparados³³⁵ e permaneçam no anonimato, a fim de evitar desentendimentos internos entre os demais empregados e garantir que as denúncias

³²⁶ FEBRABAN, 2013, p. 14.

³²⁷ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 83.

³²⁸ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 151.

³²⁹ Cf. nota 2 da introdução.

³³⁰ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 349.

³³¹ Vários aspectos controversos são identificados nesse sistema, tais como a infringência do dever de lealdade, a eventual existência de conflitos de bens jurídicos, como o dever de confidencialidade que o funcionário possui com a empresa, e o dever de denunciar, a questão relativa ao anonimato e a transferência dessas informações às autoridades públicas, os direitos do empregado, a boa fé do denunciante no caso de não se confirmarem os fatos relatados na denúncia etc. (Cf. RAGUÉS I VALLÈS, 2006, p. 13-14-17; SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, op. cit., p. 349.). Entretanto, por questões de espaço e por não se tratar do foco principal do presente estudo, optou-se por não adentrar nessas problemáticas, mas é importante ressaltar que todos esses aspectos deverão estar devidamente detalhados nos códigos de conduta, a fim de evitar futuros conflitos.

³³² GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 83.

³³³ BOCK, 2013, p. 115.

³³⁴ BOCK, loc. cit.

³³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 3-5.

ocorram. Se o empregado não tiver confiança de que não sofrerá qualquer retaliação do seu ato, não se motivará a denunciar a prática de ato ilícito de outra pessoa.

A conduta do informante interno, chamado de *whistleblower*, é benéfica na medida em que permite descobrir fatos que, de outro modo, talvez não se pudesse conhecer, além de possibilitar a colheita de autêntico material probatório³³⁶.

Os sistemas de denúncia podem ser desenvolvidos de modo que a comunicação ocorra no âmbito interno da empresa (para os agentes responsáveis pelo canal de denúncia) ou no âmbito externo (para as autoridades públicas ou agentes governamentais). Contudo, a prática empresarial tem optado por procedimentos de controle interno, até para evitar incontáveis divulgações de ocorrências externas³³⁷.

3.1.1.10 Independência do programa e alocação de recursos

É essencial que o programa de cumprimento tenha absoluta independência dos dirigentes da pessoa jurídica, possuindo liberdade para agir dentro de suas funções de “verdadeira corregedoria proativa da pessoa jurídica”³³⁸.

A propósito, a Febraban³³⁹ ressalta que a independência do *compliance* pressupõe quatro elementos básicos: *status* formal; existência de um coordenador responsável pelos trabalhos de gerenciamento do risco; ausência de conflitos de interesse e acesso a informações e pessoas no exercício de suas atribuições.

A independência pressupõe também a destinação dos recursos necessários ao desempenho eficaz da atividade de controle³⁴⁰ e a existência de colaboradores autônomos que possuam acesso direto aos membros da administração³⁴¹. Não há necessidade de que os recursos dispendidos sejam elevados, mas sim que sejam suficientes de acordo com a estrutura de cada companhia³⁴².

³³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, 2006, p. 6.

³³⁷ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 153.

³³⁸ CARVALHOSA, 2015, p. 329.

³³⁹ FEBRABAN, 2013, p. 12.

³⁴⁰ Ibid., p. 13.

³⁴¹ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 80.

³⁴² CADE, 2015, p. 18.

3.1.1.11 Investigação

Havendo denúncias ou suspeitas de que está ocorrendo a prática de algum ato ilícito, a empresa tem o dever de investigar. Essa obrigação está relacionada ao dever de vigilância, que impõe aos responsáveis pela empresa a busca de indícios de possíveis infrações e a respectiva apuração. De acordo com Sahan³⁴³, não há qualquer margem de discricionariedade acerca da instauração do procedimento investigatório.

Essas investigações internas podem ser realizadas por um órgão interno ou pela contratação de profissionais externos, variando conforme a conveniência financeira da entidade³⁴⁴. Ressalte-se que em empresas maiores há equipes de investigação para o esclarecimento dos fatos³⁴⁵.

A devida apuração dos fatos é interessante tanto para o poder público quanto para a empresa. Sob o ponto de vista estatal, as investigações internas ajudam a esclarecer condutas empresariais suspeitas³⁴⁶, ao passo que, para as empresas, pode evitar distorções causadas pela investigação pública e a incidência de medidas cautelares³⁴⁷ e possibilitar a redução de sanções que venham a ser impostas³⁴⁸. Ademais, Nieto Martín³⁴⁹ destaca que quem investiga tem maiores possibilidades para construir a realidade conforme lhe convém, sendo conveniente para a empresa mostrar que seus controles funcionam.

Conforme Sahan³⁵⁰, os objetivos a serem perseguidos com uma investigação interna, em função dos quais devem ser escolhidos os meios, podem ser agrupados da seguinte forma: 1) Evitação da responsabilidade ante o não cumprimento do dever de vigilância e a não interrupção do comportamento infrator; 2) Esclarecimento e identificação dos fatos de forma completa, interrupção do

³⁴³ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Íñigo Ortiz de Urbina (Eds). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 245-259. p. 249.

³⁴⁴ BACIGALUPO, 2011, p. 94. A propósito, Sahan (op. cit., p. 245-249) explica que, apesar da existência do dever de esclarecimento, a decisão sobre a abertura de uma investigação é determinada por considerações de caráter econômico, uma vez que os custos são consideráveis. Todavia, os custos sempre serão claramente inferiores aos gerados por uma investigação externa. Soma-se a isso o fato de que os custos reputacionais causados por uma investigação externa frequentemente representam prejuízos econômicos que, por si só considerados, já são capazes de superar os custos derivados de uma investigação interna.

³⁴⁵ SIEBER, 2013, p. 72.

³⁴⁶ MONTIEL, 2013, p. 221.

³⁴⁷ NIETO MARTÍN, 2013, p. 47.

³⁴⁸ MONTIEL, op. cit., p. 221.

³⁴⁹ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 48.

³⁵⁰ SAHAN, op. cit, p. 251-252.

comportamento defeituoso e respectiva sanção; 3) Obtenção de informações sobre as deficiências no sistema de controle interno da empresa, já que as apurações fornecem elementos para uma avaliação realista dos sistemas de controle da empresa, revelando suas deficiências e oferecendo as bases para a eliminação dos déficits; 4) Prevenção por meio da transmissão da mensagem de que os comportamentos defeituosos são apurados.

Com relação aos meios de investigação, o responsável pelo programa dispõe de uma margem de discricionariedade que, a rigor, abarca todos os meios idôneos para a averiguação de um fato³⁵¹, respeitando-se as garantias constitucionais dos investigados³⁵² (trasladando-se para esse campo algumas garantias processuais penais, como a culpabilidade, a presunção de inocência, e a não autoincriminação³⁵³).

Entre os meios normalmente empregados, estão as entrevistas e interrogatórios a trabalhadores e colaboradores, a colheita e análise de dados digitais, como mensagens de correio eletrônico, análise da contabilidade, de contratos e documentos especiais, averiguação dos quadros sociais e de pessoal etc³⁵⁴.

3.1.1.12 Medidas internas de monitoramento e de sanção de abusos e infrações

Por meio do monitoramento, o negócio e o risco regulatório são devidamente acompanhados, possibilitando a mitigação ou eliminação do risco³⁵⁵.

Implica também na sanção após a detecção da infração e na revisão do sistema para averiguação do erro que possibilitou a prática dos atos ilícitos³⁵⁶.

Segundo Maeda³⁵⁷, a empresa deve ter procedimentos disciplinares para tratar adequadamente as violações ocorridas em todos os seus níveis. Pode-se chegar à exclusão dos quadros de liderança de pessoas que cometeram conduta inconsistente com o programa ou a rescisão de contratos com parceiros comerciais. A propósito, a presença de pessoas com histórico de condenações criminais ocupando

³⁵¹ SAHAN, 2013, p. 250-251.

³⁵² BACIGALUPO, 2013, p.95.

³⁵³ SIEBER, 2013, p. 102.

³⁵⁴ SAHAN, op. cit., p. 251.

³⁵⁵ MANZI, 2008, p. 42.

³⁵⁶ COCA VILA, 2013, p. 59.

³⁵⁷ MAEDA, 2013, p. 198.

altos cargos na empresa não condiz com a mensagem de suporte e comprometimento da alta administração³⁵⁸.

3.1.1.13 Controle e avaliação interna e externa do programa

Além do monitoramento para se identificar e detectar problemas da *criminal compliance*, devem ser realizadas avaliações internas e externas do programa, por meio de auditorias, para que sejam revisados determinados componentes ou a necessidade de sua aplicação mais efetiva em regiões ou mercados específicos de acordo com o grau do risco³⁵⁹.

O papel fundamental da auditoria é avaliar a aderência e integridade dos processos e de controles internos da organização, aferindo se a *criminal compliance* está adequado às diretrizes estabelecidas pela organização e normas emitidas pelos reguladores. A auditoria aponta a falha, mas não se envolve na resolução³⁶⁰, prestando serviços de avaliação (*assurance*) e de consultoria para aprimorar a eficácia dos processos, operações e resultados³⁶¹.

Nesse sentido, a auditoria (interna ou externa) e a atividade de monitoramento do programa, apesar de possuírem papéis diversos, são complementares³⁶² e constituem pilares da governança corporativa³⁶³. A auditoria efetua os seus trabalhos de forma aleatória e periódica com base em amostras, visando verificar o cumprimento das normas estabelecidas pela administração da empresa e a eficácia dos procedimentos e controles existentes, inclusive sob a perspectiva da legislação atinente à atividade desenvolvida³⁶⁴. A auditoria é uma atividade de vigilância que não se incorpora no desenvolvimento do trabalho empresarial³⁶⁵, enquanto a *criminal compliance* atua de forma rotineira e constante³⁶⁶.

³⁵⁸ MAEDA, 2013, p. 185.

³⁵⁹ Ibid., p. 199.

³⁶⁰ FEBRABAN, 2013, p. 17.

³⁶¹ Ibid., p. 18.

³⁶² MAEDA, op. cit., p. 198. Destaque-se ainda que, diferentemente do *compliance officer*, o papel do auditor não corresponde à assunção de uma função de vigilância direta sobre uma fonte de perigo ou um compromisso de risco. A posição assumida pelo auditor é de proporcionar uma determinada informação ao auditado. Cf. MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 314.

³⁶³ MANZI, 2008, p. 64.

³⁶⁴ MAEDA, op. cit., p. 200.

³⁶⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, 2012, p. 6.

³⁶⁶ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 71.

Essa avaliação do programa por órgãos distintos e autônomos é essencial para o seu bom desenvolvimento, pois os sistemas de integridade irão configurar-se apenas como um conjunto de boas intenções se não forem acompanhados de procedimentos internos e normas de controle que assegurem seu efetivo cumprimento³⁶⁷.

A auditoria externa ainda é relevante por possibilitar a expedição de certificação às empresas que adotem um modelo de prevenção³⁶⁸, o que possibilitaria o conhecimento pelo mercado e pela sociedade de que aquela empresa adota uma postura preventiva com relação aos seus riscos e de que não admite a prática de ilícitos em seu interior.

De um modo geral, essas são as 13 (treze) características identificadas durante o estudo que, de forma ampla, contemplam os principais elementos que um programa de *criminal compliance* deve conter para ser considerado efetivo. Tais propriedades abarcam grande parte dos parâmetros elencados pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015³⁶⁹ para avaliação programa de integridade.

³⁶⁷ NIETO MARTÍN, 2013, p. 25.

³⁶⁸ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 355. Essa certificação pode vir a ser expedida também por entidades registradas.

³⁶⁹ Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

3.1.1.14 Outros aspectos relevantes da *criminal compliance*

Confirmando as características analisadas acima, Silveira e Saad-Diniz³⁷⁰ apresentam sete princípios cardeais que devem reger a sociedade empresarial socialmente responsável e que são essenciais para que o programa de cumprimento não seja apenas formal: a) o princípio de separação de poderes entre os distintos membros da pessoa jurídica, possibilitando o controle da atividade de cada um; b) o princípio de documentação ou verificação, em que se documentam todos os procedimentos internos para eventual confrontação; c) o princípio de congruência e coerências das operações, de modo que toda operação pressupõe uma contrapartida, sendo vedadas atividades sem explicação; d) o princípio da transparência da gestão empresarial, coibindo-se atividades sigilosas; e) o princípio da independência e imparcialidade dos órgãos de controle, evitando-se ingerências externas; f) o princípio do cumprimento ou explicação, no qual os funcionários submetidos a controle de suas atividades devem explicar e justificar suas atividades; g) o princípio da confidencialidade, garantindo-se o segredo dos dados investigados.

A intensidade com que cada característica será implementada e a forma de adequação à estrutura empresarial irá variar, como já afirmado, de acordo com a estrutura organizativa de cada companhia, mas é essencial que todas as medidas relacionadas ao programa sejam devidamente documentadas pela empresa, para que seja possível avaliar a evolução do programa³⁷¹ e para comprovar a atitude diligente dos administradores no caso de eventual apuração de responsabilidades.

É importante ter em vista que os programas devem ser aptos a restringir de forma efetiva o cometimento de ilícitos, mas não se espera que criem barreiras ultrapassáveis aos crimes³⁷².

A propósito, Nieto Martín³⁷³ esclarece que não é exigível da empresa que estabeleça mecanismos de prevenção a todo e qualquer tipo de risco, como os imprevisíveis, pois isso implicaria o investimento de recursos em riscos de baixa incidência. Para o autor, as empresas devem possuir um sistema que concentre seus esforços nos riscos relevantes e previsíveis³⁷⁴.

³⁷⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 126-127.

³⁷¹ CADE, 2015, p. 27.

³⁷² SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 126.

³⁷³ NIETO MARTÍN, 2013, p. 45.

³⁷⁴ NIETO MARTÍN, loc. cit.

Acerca da avaliação de programas de *compliance*³⁷⁵, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, indica que a verificação da efetividade passa pela determinação de certos elementos, tais como a disponibilização de equipe suficiente para auditar, documentar e analisar; os resultados dos esforços de *compliance* da empresa; e a verificação de que os empregados estão adequadamente informados sobre o programa e convencidos do comprometimento da empresa em relação a ele³⁷⁶.

Inclusive, o §1º do artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015, ao estabelecer os parâmetros do programa de conformidade, estabelece que devem ser considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, como a quantidade de empregados e colaboradores; a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; a utilização de pessoas terceirizadas; o mercado e os países em que a atividade é executada; a interação com o setor público; as pessoas jurídicas que integram o grupo econômico e a respectiva localização; e a eventual qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nesse aspecto, o Decreto que regulamenta a Lei Anticorrupção Empresarial está em consonância com os pilares trazidos pela doutrina, pois delimita algumas características importantes para o desenvolvimento do programa de *compliance*, mas prevê que a forma e a intensidade de cada um desses elementos serão variáveis conforme as particularidades de cada empresa.

3.1.2 Distinção entre *compliance* e leniência

Ante a frequente confusão realizada entre o *compliance* e a leniência, é importante distinguir – ainda que brevemente – esses dois institutos.

³⁷⁵ De acordo com Nieto Martín (2013, p. 41), é frustrante a tentativa de avaliar os programas de cumprimento pelo mundo. Nos Estados Unidos, nos dez primeiros anos de eficácia das *Guidelines* somente em três casos se considerou a existência de um programa para graduar a sanção. As sentenças dos tribunais americanos ou dos acordos processuais também não indicam quais são as exigências de um programa de cumprimento eficaz, sendo muito vagos os critérios utilizados pelos juízes e tribunais (por exemplo, “não havia um sistema adequado de contabilidade” ou “necessidade de contar com códigos éticos”). O autor aponta que na Itália as decisões judiciais igualmente consideram inadequados os modelos de organização, mas não indicam quais são as razões precisas para tais afirmações.

³⁷⁶ MAEDA, 2013, p. 178.

A leniência, pela Lei Anticorrupção Empresarial³⁷⁷, consiste em um pacto de colaboração firmado entre uma pessoa jurídica infratora e a autoridade competente, através do qual o representante dessa empresa confessa a prática de determinado ilícito, fornece provas e documentos hábeis para a comprovação dos fatos e da participação de outras pessoas físicas e jurídicas envolvidas, coopera com as investigações e se compromete a implementar ou melhorar os seus mecanismos internos de integridade. Em contrapartida, a autoridade pública fornecerá determinados benefícios, que podem ser a isenção das sanções restritivas do direito de licitar (art. 16, parágrafo 2º, inciso I da Lei), a redução da pena de multa, bem como a inaplicabilidade de qualquer outra sanção pecuniária (art. 16, parágrafo 2º, inciso II da Lei) e, eventualmente, a completa remissão das penalidades quando a pessoa jurídica for a primeira a firmar o acordo (art. 16, parágrafo 2º, inciso III da Lei).

De acordo com Carvalhosa³⁷⁸, a leniência corresponde a um acordo de resultado sujeito ao fornecimento de material probatório consistente e apto à identificação de todos os envolvidos no crime. Isso porque o compromisso estatal de atenuação da pena está condicionado, dentre outros requisitos, à efetiva entrega de informações e de documentos que produzam prova do delito³⁷⁹ e à cessação imediata da prática ilícita naqueles casos em que a infração já não estiver consumada³⁸⁰.

Observa-se que a Lei nº 12.846/2013 estabelece um interesse comum da administração pública e da pessoa jurídica proponente do acordo de leniência. Por parte do poder público, há o interesse em descobrir os envolvidos nos ilícitos, possibilitando a responsabilização e a intenção de fomentar a cultura de conformidade e obediência às leis³⁸¹. Por parte da pessoa jurídica, há a obtenção de benefícios

³⁷⁷ O acordo de leniência está previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção Empresarial (com as alterações promovidas pela Medida Provisória 703/2015), o qual estabelece os requisitos e as consequências da celebração do acordo. No ordenamento jurídico brasileiro, o acordo também está previsto nos artigos 86 e seguintes da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica. (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.).

³⁷⁸ CARVALHOSA, 2015, p. 378.

³⁷⁹ Ibid., p. 381.

³⁸⁰ BERTONCINI, Mateus. Capítulo V – Do acordo de leniência: comentários aos artigos 16 e 17. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014. p. 189-220. p. 202-203.

³⁸¹ As alterações promovidas pela Medida Provisória nº 703/2015 reforçam que o objetivo da Lei Anticorrupção é fomentar a cultura de cumprimento legal, já que a nova redação conferida ao art. 16 e seus incisos determina que da colaboração das empresas com as investigações deve resultar o

legais consistentes na isenção ou redução das penalidades que lhes seriam aplicáveis no processo administrativo ou judicial³⁸².

Pelo material fornecido pela empresa leniente, deve ser aferida a precisa atuação das pessoas físicas (funcionários e agentes públicos) e jurídicas envolvidas. Observa-se que a identificação precisa da atuação de cada um é essencial ante a diferença na caracterização da responsabilidade individual, pois a pessoa jurídica responde objetivamente pelos atos descritos na Lei Anticorrupção, enquanto os seus dirigentes e os agentes públicos envolvidos deverão ser alcançados na medida de sua culpabilidade³⁸³.

Com o acordo de leniência, o poder público pretende estimular a pessoa jurídica a colaborar com a descoberta da verdade por meio de benefícios³⁸⁴. Nesse aspecto, Sánchez Rios e Antonietto³⁸⁵ esclarecem que esse elemento colaborativo integra “a realidade de um Direito penal de matriz funcionalista-teleológica, que atrelam às categorias dogmáticas do delito aos critérios de prevenção geral e especial da pena”.

Assim, tal como o *compliance*, a leniência decorre da insuficiência estatal para controlar e descobrir os crimes cometidos no âmbito empresarial. Porém, a semelhança entre os dois institutos se encerra aqui.

O *compliance* corresponde a uma forma de gestão da atividade empresarial, em que se adotam padrões éticos de comportamento e políticas claras e perenes de não tolerância a fatos ilícitos que se consubstanciam na implementação do programa de *criminal compliance*.

A leniência, por sua vez, é um acordo realizado em um momento específico de tempo e espaço, que só é possível após o cometimento de uma infração no âmbito empresarial, cujo objetivo é minorar ou afastar eventual sanção a ser imposta pela autoridade pública.

comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

³⁸² BERTONCINI, 2014, p. 190.

³⁸³ Ibid., p. 200-201.

³⁸⁴ Ibid., p. 190. A crítica de Carvalhosa (2015, p. 377) de que a Lei Anticorrupção Empresarial fornece poucos incentivos à pessoa jurídica ante o fato de que o benefício prometido não atinge outras esferas punitivas ou reparatórias previstas no ordenamento jurídico parece ter sido superada com a promulgação da Medida Provisória nº 703/2013. O instrumento altera a redação do art. 18 da referida Lei, possibilitando a previsão no acordo do afastamento da responsabilização da pessoa jurídica na esfera judicial. A Medida Provisória ainda estende a possibilidade de realização do acordo envolvendo atos previstos em normas de licitações e contratos administrativos (alterando a redação do art. 17, *caput*, da Lei) e permite a propositura do acordo mesmo após o ajuizamento das ações cabíveis (através da inclusão do parágrafo único no art. 20 da Lei).

³⁸⁵ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 357.

Enquanto o *compliance* se trata de uma política interna da empresa, a leniência é um fato isolado na estrutura empresarial.

Não se pode negar, todavia, que um programa de *criminal compliance* efetivo aumenta exponencialmente a possibilidade de os gestores empresariais detectarem a prática ilícita e identificarem os responsáveis, proporcionando a realização de um acordo de leniência.

3.2 A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO COMPLIANCE OFFICER NA ESTRUTURA EMPRESARIAL

Para a adequada implementação e o subsequente funcionamento eficaz do programa de *criminal compliance*, surge a figura do *compliance officer*, também denominado de investigador privado, encarregado ou responsável pelo cumprimento ou *gatekeeper*³⁸⁶.

Ao *compliance officer*, por ser pessoa dotada da *expertise* técnica para tanto, incumbirá a função de avaliar os riscos, coordenar o programa de integridade³⁸⁷ e comunicar o órgão responsável quando constatar eventuais falhas³⁸⁸. De acordo com Bacigalupo³⁸⁹, o *compliance officer* deve vigiar, assessorar, advertir e avaliar os riscos legais de gestão em conformidade com a legislação e com os princípios éticos atinentes à atividade.

Portanto, afirmar que o *compliance officer* é o responsável por executar tarefas de prevenção à criminalidade na empresa não abrange a completude de suas obrigações, pois, na realidade, esse profissional deve desenvolver e manter as políticas e os procedimentos internos de controle e de gestão dos riscos³⁹⁰. Ele assume a posição de gestor da *criminal compliance* e possuirá poderes específicos para essa atuação, os quais serão definidos no contexto dos riscos específicos da empresa³⁹¹.

³⁸⁶ SCANDELARI, 2015, p. 161-162.

³⁸⁷ BENEDETTI, 2014, p. 81-90; SAAVEDRA, 2011.

³⁸⁸ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 103.

³⁸⁹ BACIGALUPO, 2011, p. 91.

³⁹⁰ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) **El derecho penal económico en la era compliance**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 165-189. p. 167/168.

³⁹¹ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 349.

Por não se tratar de um perfil profissional homogêneo, as funções desse profissional não estão definidas com precisão pelo ordenamento jurídico³⁹² e podem variar conforme a empresa em que atuam e, principalmente, conforme o modelo de *criminal compliance* adotado.

Em regra, o *compliance officer* possui o dever de implantar e gerir o programa de *criminal compliance*, adquirir todo o conhecimento sobre seu cumprimento e adequado funcionamento, corrigir as falhas do programa e comunicar a alta administração (ou outro órgão responsável) acerca de eventuais ilícitos praticados pelos funcionários para que a alta administração tome as providências necessárias, como a aplicação de sanções. Contudo, em virtude da própria *criminal compliance* não ser, como já visto, um programa com características estáveis, o *compliance officer* pode adquirir funções diferentes de acordo com a estrutura do programa que integra, sendo possível que em determinados programas ele possua o dever de aplicar punições diretamente.

Para fins do presente estudo, adota-se a posição de que as obrigações do *compliance officer* esgotam-se com a comunicação à alta administração sobre a ocorrência de ilícitos, não lhe incumbindo o encargo de sancionar. Esse posicionamento decorre do entendimento de que o encargo de punir diretamente pode ensejar alargamento de responsabilidade desse profissional, devendo a decisão última sobre a punição dos funcionários incumbir à alta administração. Além disso, a ocorrência de um ilícito pode significar alguma falha no cumprimento das funções inerentes ao *compliance officer*, razão pela qual a alta administração deve tomar conhecimento prontamente dos ilícitos e aplicar a melhor sanção cabível, que poderá, inclusive, estender-se ao *compliance officer*.

Essencial destacar que, ao assumir o encargo de responsável pelo cumprimento legal e de gestão de *compliance*, esse profissional assume verdadeira posição de garantidor³⁹³ de que o programa de *criminal compliance* será efetivo a ponto de anular ou diminuir os riscos típicos daquela atividade e que, no caso de ocorrência de ilícito, seja brevemente apurado. A assunção dessa posição gera uma série de desdobramentos na seara penal, inclusive no que tange a possibilidade de sua responsabilização pela não evitação de condutas ilícitas.

Porém, antes de analisar a questão da possibilidade ou não de responsabilização penal do *compliance officer* por eventuais ilícitos ocorridos, objeto

³⁹² GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 168.

³⁹³ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 252-253.

central do presente estudo, impende analisar de que modo é adquirida a posição de garantia e quais são os efetivos deveres assumidos por esse profissional.

3.2.1 Papel de garante originário do empresário

Como já explorado, o desenvolvimento da atividade empresarial comporta uma série de riscos inerentes a essa atuação, principalmente em decorrência do fato de que a exploração de uma atividade possui, por sua própria estrutura, um risco criminógeno³⁹⁴. Nesse sentido, ao lado da liberdade de organização empresarial, nasce o dever do empresário (ou do conselho de administração quando inexistir a personificação da figura do empresário), de zelar para que a atividade por ele praticada não lese quaisquer bens jurídicos³⁹⁵.

Parte-se do princípio de que o empresário, ao optar por desenvolver uma determinada atividade, assume o correlato encargo de evitar a realização dos perigos que decorrem dessa atividade³⁹⁶. A posição de garante originário da atividade empresarial é assumida, portanto, pelo empresário³⁹⁷.

As tarefas implicadas nessa posição de garante são, em sua grande maioria, deveres de controle ou de neutralização³⁹⁸ de focos de perigo, a fim de evitar, por exemplo, a ocorrência de acidentes lesivos ou mortais, danos ao meio ambiente ou delitos por parte de seus empregados no exercício de suas funções³⁹⁹.

O empresário se encontra em uma posição de garantia com relação à atuação de seus subordinados⁴⁰⁰, o que lhe impõe uma correta organização dos processos internos, dos mecanismos de segurança, dos sistemas de vigilância e de controle referentes às tarefas próprias da atividade empresarial desempenhadas por seus subordinados⁴⁰¹, levando ao desenvolvimento do programa de *compliance*.

³⁹⁴ Cf. nota 2 da introdução.

³⁹⁵ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 169.

³⁹⁶ ROBLES PLANAS, 2013, p. 323.

³⁹⁷ GÓMEZ-ALLER, op. cit., p. 169.

³⁹⁸ SCANDELARI, 2015, p. 176-177.

³⁹⁹ GÓMEZ-ALLER, op. cit., p. 170-171. A esse respeito, vale mencionar que o Código Civil brasileiro em seu art. 932, inciso III, estabelece que o empregador é responsável pela reparação civil por atos de seus empregados, serviços e prepostos praticados no exercício do trabalho ou em razão dele. (BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.).

⁴⁰⁰ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 79.

⁴⁰¹ ROBLES PLANAS, op. cit., p. 323.

Contudo, a expansão e a complexidade da empresa não permitem ao empresário cumprir sozinho com todos os deveres que recaem sobre si⁴⁰², sendo necessária a divisão do trabalho, a especialização e a descentralização na tomada de decisões. De acordo com os recursos, a atividade desenvolvida e o porte da empresa, será implantada uma estrutura organizativa empresarial com distribuição de trabalho e competências de forma harmônica e coordenada⁴⁰³.

A gestão da atividade empresarial passa a ser descentralizada, repartindo-se o poder de decisão de áreas específicas entre membros diversos da empresa. O empresário confia a realização de certas atividades a outras pessoas e delega parte de seu poder ou autoridade a instâncias específicas⁴⁰⁴.

A delegação em determinados contextos pode ser necessária ante a especial capacitação técnica que o exercício de alguma função pode exigir e que o titular da empresa não possui. Nesses casos, a delegação corresponde a um mecanismo necessário para a consecução de um funcionamento eficaz da empresa, a uma forma de cumprir com os deveres de garante⁴⁰⁵ e, mais do que mera distribuição de tarefas, consiste em uma técnica através da qual o delegante outorga parte de suas competências e responsabilidades iniciais a outra pessoa, isto é, ao delegado. Segundo Montaner Fernández⁴⁰⁶, a delegação corresponde a uma técnica transformadora das esferas de responsabilidade individual, por meio da qual o delegante não cede a simples execução de uma função, mas sim o domínio sobre um determinado âmbito de competência.

Assim, a posição de garantia originária por parte do empresário possibilita a delegação de determinadas esferas de suas competências através de um mecanismo de transferência e transformação de posições de garantia. Silva Sánchez⁴⁰⁷ explica que o delegante transfere a sua posição de garantia ao delegado, de modo que a posição de garantia do delegante se transforma, passando a ser secundária ou residual. Não há exclusão ou exoneração da posição de garantia originária, mas sim uma transformação através da qual seus deveres se tornam residuais. Tais deveres consistem basicamente na coordenação e vigilância da atuação dos delegados⁴⁰⁸.

⁴⁰² BOCK, 2013, p. 110.

⁴⁰³ MONTANDER FERNÁNDEZ, 2008, p. 44-45.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 61-84.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 94.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 85-99.

⁴⁰⁷ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 81.

⁴⁰⁸ Sobre os deveres residuais do empresário, Montaner Fernández (op. cit., p. 158) esclarece que correspondem àquelas obrigações que se mantêm ao delegante depois da delegação de competências.

Essa transformação das esferas de competência cria uma nova posição de garantia na pessoa do delegado, o qual passa a deter determinadas faculdades de decisão e certas obrigações de gestão⁴⁰⁹, assumindo o dever de garante secundário da atividade empresarial⁴¹⁰.

A delegação pode ocorrer, inclusive, com relação à função de prevenção e detecção de delitos para assegurar a regular execução da atividade empresarial. A delegação dessa competência pode ser feita a pessoas ou empresas externas, mas com frequência é feita ao *compliance officer*, o qual assume, então, a posição de garante secundário de evitação de delitos no âmbito daquela companhia⁴¹¹. Logo, a posição de garante do *compliance officer* não é original, mas recebida de forma derivada do empresário⁴¹².

O fundamento desse dever de garante derivado é diverso do dever de garante originário, pois decorre de um fato anterior perigoso e de uma livre aceitação da posição de garante⁴¹³. Nesse aspecto, a assunção da posição de garante por parte do *compliance officer* surge de uma obrigação contratual de agir e de cumprir com o dever jurídico assumido⁴¹⁴.

Deve existir uma assinalação prévia das suas obrigações⁴¹⁵ por meio do contrato laboral que contenha uma descrição prévia de seu posto de trabalho⁴¹⁶, detalhando-se os riscos que ele aceitou evitar e como aceitou fazê-lo⁴¹⁷. Scandelari⁴¹⁸ observa que a delegação não deve ser apenas formal, mas deve ser efetivamente material, de modo que será garantidor apenas aquele funcionário que realmente assumiu as funções correspondentes e possui os meios para desempenhá-las adequadamente.

Com isso, assumidos determinados encargos pelo *compliance officer*, que podem variar conforme o porte e a estrutura empresarial, essas funções saem da esfera de competência do empresário, o qual, por sua vez, passa a deter o encargo de vigiar e supervisionar a atuação do encarregado pelo cumprimento.

Assim, não se pode confundir com os deveres residuais aqueles deveres do empresário de seleção, formação e informação do delegado, nem o dever de dotação dos meios necessários para o regular cumprimento da função. Segundo a autora, esses são deveres iniciais do empresário, que se verificam antes da transformação efetiva do seu âmbito de competência.

⁴⁰⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 98-99.

⁴¹⁰ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 170.

⁴¹¹ SCANDELARI, 2015, p. 174-187.

⁴¹² ROBLES PLANAS, 2013, p. 321.

⁴¹³ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 82.

⁴¹⁴ BENEDETTI, 2014, p. 100-101.

⁴¹⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 88.

⁴¹⁶ PRITTWITZ, 2013, p. 215.

⁴¹⁷ SCANDELARI, op.cit., p. 192.

⁴¹⁸ Ibid., p. 175-176.

O empresário passa a exercer a atividade de vigilância do vigilante⁴¹⁹, pois a existência de diversos níveis na estrutura empresarial não o exonera da obrigação de evitar que nesses níveis surjam perigos para os demais⁴²⁰. O empresário, por ocupar o vértice ou nível superior da estrutura empresarial, é quem possui o máximo poder para ordenar e decidir em cada caso quem assume o risco do negócio e quem empenha seu patrimônio presente e futuro nas possíveis consequências adversas de sua empresa⁴²¹.

A propósito, Bacigalupo⁴²² esclarece que a delegação apenas modifica a responsabilidade do garante originário e que é dever do empresário uma cuidadosa eleição das pessoas que exercerão a função de vigilância, uma vez que a escolha de pessoas sem capacidade para exercer essa função constitui um defeito organizativo.

Nesse sentido, afirma-se que a delegação de competências do empresário ao *compliance officer* faz com que os dois possuam obrigações de garantia, ainda que a configuração dessas obrigações seja diversa e com intensidade diferente⁴²³.

O *compliance officer*, apesar de adquirir os deveres de garante de forma derivada, assume a posição de garante primário da evitação do resultado, por ser quem está mais próximo à coisa e tem domínio direto sobre ela. Os delegantes adquirem a posição de garantia secundária, exercendo sua função de garantia através do controle do delegado⁴²⁴. Para esse controle, os delegantes podem exigir, por exemplo, reportes periódicos sobre a forma de desenvolvimento da atividade⁴²⁵.

É possível, a qualquer momento, a revogação da delegação⁴²⁶ caso o empresário constate que o *compliance officer* não está atuando de forma suficiente ou satisfatória à consecução dos objetivos da atividade empresarial.

Para o adequado cumprimento de suas atribuições, a posição a ser ocupada pelo *compliance officer*, dentro do organograma empresarial, deve se situar logo abaixo da alta administração, sendo hierarquicamente superior a todos os demais funcionários.

O que se depreende do sistema de *criminal compliance* e da delegação de poderes é que há uma distribuição de responsabilidades na atividade empresarial⁴²⁷ que, fatalmente, trará consequências no âmbito da responsabilidade penal, já que

⁴¹⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 172.

⁴²⁰ ROBLES PLANAS, 2013, p. 323.

⁴²¹ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 55-56.

⁴²² BACIGALUPO, 2011, p. 104.

⁴²³ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.

⁴²⁴ Ibid., p. 95-164.

⁴²⁵ SCANDELARI, 2015, p. 185-186.

⁴²⁶ ROBLES PLANAS, 2013, p. 324.

⁴²⁷ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 145.

pretende permitir, ou facilitar, a individualização da conduta e as correspondentes infrações de dever de cada um⁴²⁸.

3.2.2 A configuração do princípio da confiança no exercício das posições de garantia

O princípio da confiança decorre da ideia de que há uma tarefa comum a ser desenvolvida por mais de uma pessoa em um grupo delimitado⁴²⁹, existindo uma divisão de encargos para cada um dos participantes que devem ser efetivamente cumpridos para que se alcance essa tarefa comum⁴³⁰. Há uma delimitação mútua, por meio de regramentos, das atividades a serem desenvolvidas por cada integrante, sendo os agentes autorresponsáveis pela execução de tarefas relativas ao seu papel social⁴³¹.

Da atribuição de tarefas a cada um, surge a confiança de que todos sempre buscarão cumprir com os seus deveres⁴³², de modo que aquele que se comporta conforme ao direito pode contar com o comportamento também adequado dos demais⁴³³. A confiança, desse modo, corresponde a uma presunção de que todos irão cumprir adequadamente com as suas atribuições, atendendo às respectivas normas, de modo que uma pessoa possui o dever de evitar resultados lesivos produzidos por outra pessoa, mas não tem o dever de se informar se aquela pessoa está trabalhando defeituosamente. Não há um dever nas relações regidas pelo princípio da confiança de procurar conhecer a forma pela qual o colega trabalha⁴³⁴.

No âmbito da atividade empresarial, entretanto, há elementos que permitem o afastamento dessa presunção, pois a empresa representa um ambiente criminógeno⁴³⁵ em que diversos riscos são verificados. E o afastamento dessa presunção dá lugar à vigência do princípio da desconfiança no seio da atividade empresarial.

⁴²⁸ BENEDETTI, 2014, p. 92-126.

⁴²⁹ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 86.

⁴³⁰ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 80.

⁴³¹ Ibid., p. 80-81.

⁴³² SCANDELARI, 2015, p. 170.

⁴³³ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 125.

⁴³⁴ SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 86.

⁴³⁵ Cf. nota 2 da introdução.

Por meio do critério da desconfiança, o empresário presume que há falhas no comportamento de seus subordinados e, em razão disso, passa a adotar uma postura ativa para procurar vestígios de tais erros⁴³⁶.

A incumbência de procurar vestígios, decorrente da posição de garante do empresário, abarca dois deveres: um dever prévio de obtenção do conhecimento sobre a forma com que o subordinado gere sua esfera de competência e um dever posterior de determinar a correção da atuação defeituosa, evitando as consequências lesivas⁴³⁷. Uma forma de exercer essa vigilância, como já visto, é através da implantação de sistemas de *criminal compliance*⁴³⁸, com a delegação de parte desses deveres ao *compliance officer*.

No caso do *compliance officer*, o dever de vigilância possui um conteúdo diverso, já que a ele não incumbe o dever de corrigir a atuação defeituosa. Os deveres desse profissional correspondem ao dever prévio de obtenção de conhecimento e ao dever de transmitir a informação obtida ao superior com competência para corrigir a situação defeituosa⁴³⁹.

Uma vez estabelecido o sistema periódico de inspeção ou de remissão de informação, o superior hierárquico pode considerar-se amparado pelo princípio da confiança⁴⁴⁰, o qual passa a substituir o critério da desconfiança até então vigente. Logo, quando o programa de cumprimento for instituído formal e materialmente, com aptidão para reagir cotidianamente e neutralizar eventuais ilícitos excepcionalmente não evitados pelo programa, pode-se dizer que a atividade empresarial passou a ser novamente amparada pela vigência da confiança nas relações estabelecidas interinamente⁴⁴¹.

Com o programa de *criminal compliance* e o restabelecimento da confiança, presume-se que todos os membros da empresa adquiriram funções próprias para o atingimento do bem comum que, no caso, configura-se pelo adequado desenvolvimento da atividade empresarial sem o cometimento de crimes em seu interior. Nesse caso, o *compliance officer* assume a posição de gestor do programa de cumprimento, com a assunção de alguns deveres de cuidado, ao passo que os funcionários e demais colaboradores assumem o encargo de cumprir as normas do respectivo programa de cumprimento.

⁴³⁶ SCANDELARI, 2015, p. 178.

⁴³⁷ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 88.

⁴³⁸ Ibid., p. 90.

⁴³⁹ Ibid., p. 88.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 90.

⁴⁴¹ GUARAGNI, 2015, p. 90-91.

Nesse cenário, o que se pode observar é que há dois núcleos distintos quando se trata de *criminal compliance*, isto é, há a relação entre o empresário e o *compliance officer*, bem como a relação do empresário e do *compliance officer* com os funcionários.

Relativamente à relação entre o empresário e o *compliance officer*, vige o princípio da confiança, por meio do qual o empresário pode confiar na observância das normas⁴⁴² e no regular cumprimento das funções atribuídas àquele profissional, em decorrência do compromisso assumido contratualmente. De acordo com Bock, o empresário não está obrigado a dar instruções concretas nem deve revisar permanentemente sua execução⁴⁴³, apesar de possuir determinados deveres residuais com relação ao *compliance officer*. O princípio da confiança, nesse caso, significa que não há o dever de adquirir conhecimento sobre situações de risco, mas apenas o de neutralizar os riscos que se advertem⁴⁴⁴.

Aliás, o adequado desenvolvimento da atividade empresarial exige que exista uma relação de confiança entre os gestores e os diversos colaboradores e participantes⁴⁴⁵, pois o contrário tornaria a atividade do empresário inviável. A partir do momento em que se delegam competências e a aptidão do programa é comprovada, o empresário cumpriu com o seu dever de garantia, e pode confiar na atuação do delegado.

A propósito, Scandelari⁴⁴⁶ afirma que não é exigível do delegante o conhecimento sobre a adequada realização das tarefas do delegado, justamente em decorrência da existência da confiança.

Na relação entre o empresário, o *compliance officer* e os funcionários da empresa, o critério vigente é o da confiança. Confia-se no programa em si, na internalização dos seus parâmetros pelos funcionários e demais colaboradores da empresa, na atuação dessas pessoas conforme o direito e, principalmente, confia-se que eventual falha que venha a ocorrer será devidamente detectada pelo programa. Tendo um *criminal compliance* idôneo e apto a transmitir a mensagem de comprometimento, é possível acreditar que os funcionários atuam de maneira correta.

Nesse aspecto, à medida que se adota o programa de modo minimamente seguro, o critério da desconfiança vai cedendo lugar ao da confiança, o que favorece a convivência saudável no ambiente corporativo⁴⁴⁷.

⁴⁴² BOCK, 2013, p. 118.

⁴⁴³ BOCK, loc. cit.

⁴⁴⁴ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104-105.

⁴⁴⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 122.

⁴⁴⁶ SCANDELARI, 2015, p. 186.

Aliás, se o programa de *compliance* não fosse capaz de alterar esse marco das relações pessoais, não haveria razão que justificasse a sua implementação.

Contudo, a existência de uma base de confiança que permita afirmar que os funcionários irão se comportar conforme o cuidado não exonera o *compliance officer* do cumprimento de seus próprios deveres⁴⁴⁸. Segundo Cervini⁴⁴⁹, a aplicação do princípio da confiança é incompatível com a ostentação de certos papéis sociais, de modo que aquele que tem o dever concreto de supervisionar ou controlar a atividade de outro não pode se afastar de seu dever sob a justificativa da confiança de um comportamento correto por parte de seu supervisionado⁴⁵⁰.

Assim, por mais que a *criminal compliance* propicie a vigência do princípio da confiança naquele ambiente, o *compliance officer* não pode se eximir do cumprimento de suas funções. Trata-se do princípio de defesa, que acaba por ceder espaço ao critério da desconfiança dentro da esfera das relações regidas pelo princípio da confiança, que implica que o interveniente está obrigado a prever o comportamento defeituoso dos demais⁴⁵¹. Nesse sentido, o princípio da confiança, no âmbito do *compliance*, não funciona como uma exculpante⁴⁵².

3.2.3 Deveres assumidos pelo *Compliance Officer*

Delegada a responsabilidade de vigilância ao *compliance officer*, esse profissional assume, basicamente, a vigilância sobre o correto cumprimento do direito nas diversas camadas da empresa e a obrigação de transmitir as informações relevantes aos órgãos de direção⁴⁵³.

Essas funções correspondem à assunção da gestão da *criminal compliance*, com a aquisição de competências de direção e decisão⁴⁵⁴ sobre o desenvolvimento do programa e sobre as investigações a serem feitas em virtude de

⁴⁴⁷ SCANDELARI, 2015, p. 186.

⁴⁴⁸ CERVINI, 2012, p. 8. No mesmo sentido: MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 133.

⁴⁴⁹ CERVINI, op. cit., p. 9.

⁴⁵⁰ Posição divergente – com a qual não se concorda – é adotada por Nieto Martin (2013, p. 28), segundo o qual o estabelecimento do princípio da confiança em decorrência da *criminal compliance* transforma em passivas as funções de supervisão do *compliance officer*, tendo o dever de atuar apenas quando existirem indícios de uma conduta irregular.

⁴⁵¹ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 136.

⁴⁵² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 09, p. 26-57, abr. 2012. p. 42.

⁴⁵³ ROBLES PLANAS, 2013, p. 324.

⁴⁵⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 55.

possíveis suspeitas de cometimento de ilícito⁴⁵⁵. A posição desse profissional constitui uma espécie de barreira para evitar a comissão de delitos no interior da instituição⁴⁵⁶ que possam, inclusive, afetar pessoas externas⁴⁵⁷.

Nesse cenário, o *compliance officer* passa a representar uma peça fundamental para as responsabilidades que as empresas devem cumprir⁴⁵⁸ dentro do contexto da autorregulação regulada, atendendo ainda os interesses da empresa no que tange a prevenção e repressão⁴⁵⁹.

Nesse aspecto, Prittwitz⁴⁶⁰ afirma que o *compliance officer* não tem somente a função de organizar o *compliance*, mas também de servir como responsável do *não-compliance*.

Contudo, essas afirmações devem ser lidas com certa ressalva. Apesar de ser o responsável pela gestão do programa de *compliance*, de possuir o dever de investigar e detectar eventuais atos ilícitos, ao *compliance officer* não compete a decisão última de atuar para coibir ou evitar aquele ilícito. Isso porque, como se verá mais detalhadamente a seguir, detectada a infração ou indícios de seu cometimento, o dever do responsável pelo cumprimento é o de informar aos seus superiores para que aquele órgão decida a melhor forma de atuação, como analisado no tópico 3.2.

Portanto, a alegação de que o dever direto do *compliance officer* é o de evitação do resultado não é totalmente verdadeira. Pode-se afirmar que esse seja seu dever indireto, isto é, deve informar seus superiores para que eles a evitem.

Assim, o encarregado de cumprimento não assume a integral posição de garantia da vigilância, pois não possui faculdades executivas e não assume a obrigação de impedir delitos nos âmbitos submetidos à sua competência⁴⁶¹.

Como já visto, o delegante outorga apenas parte de seus deveres, isto é, transfere apenas o dever de investigar e de transmitir a informação caso detecte algo errado, não transferindo o dever de corrigir as atuações defeituosas dos subordinados⁴⁶².

⁴⁵⁵ ROBLES PLANAS, 2013, p. 321.

⁴⁵⁶ PEREYRA, Nicolás. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**, ano X, n. 20, p. 47-57, 2011. p. 52. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereyra-La-responsabilidad-penal-del-Oficial-de-Cumplimiento.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁴⁵⁷ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 80.

⁴⁵⁸ PEREYRA, op. cit., p. 50.

⁴⁵⁹ PRITTWITZ, 2013, p. 214. No mesmo sentido, SCANDELARI, 2015, p. 186.

⁴⁶⁰ PRITTWITZ, op. cit., p. 217.

⁴⁶¹ ROBLES PLANAS, op.cit., p. 324-325.

⁴⁶² SILVA SANCHEZ, op. cit, p. 99.

Por esse motivo é que Scandelari⁴⁶³ afirma que as obrigações do *compliance officer* são de meio e não de fim, uma vez que não possui o dever de evitar o cometimento do ilícito, mas sim o dever de prever, controlar, diminuir ou evitar o risco.

Esse aspecto é importante para apurar a eventual responsabilização do *compliance officer* por fatos ilícitos não impedidos no interior, já que a sua atuação será analisada conforme o dever de cuidado que lhe correspondia e o eventual desempenho incorreto desses deveres⁴⁶⁴. Essas questões serão analisadas detidamente no próximo capítulo.

Convém ressaltar que não há uma regulação jurídica específica a respeito da concreção dos deveres objetivos de controle e vigilância desses profissionais, sendo essencial que a fixação e a delimitação dos deveres de cuidado⁴⁶⁵ ocorra no âmbito interno de cada empresa, seja por meio dos estatutos sociais, dos códigos de conduta ou das normas e regras técnicas.

Benedetti⁴⁶⁶, inclusive, afirma que deve existir um departamento de gestão das regras de *compliance* para uma eficiente execução das tarefas incumbidas ao *compliance officer*.

Sobre a atuação desse profissional, Robles Planas⁴⁶⁷ esclarece que podem ser constatadas em três etapas diversas dos programas de cumprimento. A primeira etapa corresponde ao desenho do programa, a ser aprovado pela direção da empresa, e que satisfaça os padrões de qualidade de identificação, controle, informação e evitação dos riscos da empresa. A segunda etapa seria a efetiva implementação do programa para buscar a prevenção em todos os níveis da empresa, na qual se inclui a formação dos trabalhadores. Por fim, a terceira etapa refere-se ao controle e obediência das normas do programa, identificando as possíveis infrações e informando a direção da empresa com o objetivo de preveni-las.

O *compliance officer* deve elaborar procedimentos tendentes a conhecer e identificar detalhadamente os seus empregados, instruí-los e capacitá-los adequadamente, estando alerta a qualquer atividade suspeita para evitar a

⁴⁶³ SCANDELARI, 2015, p. 192-194.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 175.

⁴⁶⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 171.

⁴⁶⁶ BENEDETTI, 2014, p. 126. A esse respeito, a autora afirma que essas normas podem ser elaboradas pelo denominado *Chief Legal Officer*, advogado incumbido da tarefa de estabelecer medidas contratuais de acordo com a legislação penal vigente, fixando a responsabilidade de cada um dos envolvidos nos atos praticados na medida de sua culpabilidade. (Ibid., p. 92.).

⁴⁶⁷ ROBLES PLANAS, 2013, p. 320-321.

participação dos funcionários em atividades delituosas⁴⁶⁸, vigiando-os para evitar a causação de um dano⁴⁶⁹.

Apesar de a atuação ocorrer em três momentos, seus deveres podem ser subsumidos a dois: o dever de obter todo o conhecimento acerca do cumprimento das regras internas e externas por parte dos colaboradores da empresa (o que se dá pela implementação e gestão do programa de cumprimento) e, caso detecte algo em desacordo, o dever de transmitir sua denúncia aos canais competentes. Por não possuir o poder final das decisões empresariais⁴⁷⁰, caberá à pessoa competente para tanto (seja o empresário, os membros do conselho de administração ou qualquer outra pessoa delegada a esse fim) corrigir a situação defeituosa como melhor entender.

Como delegado de vigilância, portanto, o *compliance officer* deve gerir os meios de controle estabelecidos no programa de cumprimento quanto à obtenção de conhecimentos⁴⁷¹, transmitindo a informação obtida a seus superiores, com o objetivo de corrigir as condutas defeituosas ou o estado das coisas perigosas constatadas⁴⁷².

Aliás, a obrigatoriedade de repassar ao órgão competente a notícia da prática de um delito⁴⁷³ corresponde ao dever de lealdade que o *compliance officer* possui no âmbito da delegação de competências⁴⁷⁴. Essa comunicação é ainda essencial para o correto desempenho da competência de vigilância e controle do garante originário⁴⁷⁵, uma vez que o órgão só poderá agir para coibir o ilícito se tiver conhecimento dos fatos⁴⁷⁶.

Essa informação vincula os dirigentes ao prosseguimento da apuração, à cessação imediata das práticas ilícitas, à punição das pessoas físicas implicadas e, por fim, à denúncia aos órgãos públicos competentes para apuração das responsabilidades penais, administrativas e civis⁴⁷⁷. Contudo, se o órgão responsável é informado e opta por não reagir e tolerar a comissão continuada do delito, Gómez-Aller⁴⁷⁸ esclarece que não se pode considerar o *compliance officer* garante último da

⁴⁶⁸ PEREYRA, 2011, p. 49-50.

⁴⁶⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 162.

⁴⁷⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 149. No mesmo sentido: SCANDELARI, 2015, p. 185-186; SILVA SANCHEZ, 2013, p. 99; ROBLES PLANAS, 2013, p. 325.

⁴⁷¹ Dentre as funções de conhecimento, pode ser destacada também a obrigatoriedade do *compliance officer* de estabelecer a identidade dos clientes da companhia, controlar os fundos com os quais opera sua instituição para que não sejam de origem ilícita, controlar a qualidade de pessoas expostas etc. (PEREYRA, op.cit., p. 49).

⁴⁷² SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 104.

⁴⁷³ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 185-186.

⁴⁷⁴ BACIGALUPO, 2011, p. 50.

⁴⁷⁵ ROBLES PLANAS, op. cit., p. 325.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 325.

⁴⁷⁷ CARVALHOSA, 2015, p. 330.

⁴⁷⁸ GÓMEZ-ALLER, op. cit., p. 185-186.

conduta dos administradores perante o Estado. Além do mais, a obrigação contratual assumida pelo *compliance officer* é de informação, e não a de tomar medidas contra a prática delitiva ou evitá-lo, ainda que seja fisicamente possível⁴⁷⁹.

Além disso, observa-se que o *compliance officer* tem a obrigação de atualização constante relativamente à sua capacitação e atualização normativa, não devendo se limitar apenas aos regramentos internos da empresa⁴⁸⁰. Tem a função também de alterar os manuais e as práticas da instituição em que atua conforme essas reformas legislativas⁴⁸¹.

Manzi⁴⁸² ainda observa que o profissional designado para essa função deve ter um determinado perfil e certas características que o qualifiquem para o exercício dessa função, dentre as quais destacam-se: domínio de métodos para aplicação da regulação e de políticas internas aplicáveis à instituição; habilidade para realizar apresentações; capacidade de estabelecer bom relacionamento com reguladores e órgãos fiscalizadores; criatividade para resolução de problemas com imparcialidade; capacidade de gerenciamento de projetos; entendimento do negócio, dos processos e dos objetivos da instituição; utilização da prática de *feedback*; capacidade para resolver conflitos entre áreas; habilidade para motivar as demais áreas e conscientizar os profissionais da importância de *compliance*; preparo e habilidades para monitoramento; e capacidade para ministrar treinamentos.

A função do *compliance officer* é disseminar elevados padrões éticos e a cultura do *compliance* na companhia, de modo que a sua postura deve ser exemplar⁴⁸³, tal como se exige da alta administração.

Destaque-se ainda que, para o bom desempenho de sua atuação, é essencial que possua os recursos necessários⁴⁸⁴, o que pressupõe a sua independência em termos organizativos, econômicos e materiais⁴⁸⁵. Disso se depreende que o profissional de *compliance* deve possuir um alto nível hierárquico – situado logo abaixo da alta administração – que lhe possibilite atuar com independência e autonomia na implementação de políticas, controles e procedimentos adequados. Caso contrário, não conseguirá desempenhar sua função

⁴⁷⁹ PRITTWITZ, 2013, p. 216.

⁴⁸⁰ SANTOS, Victor Hugo; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance e erro no direito penal*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95-119, p. 114.

⁴⁸¹ PEREYRA, 2011, p. 50.

⁴⁸² MANZI, 2008, p. 43-44.

⁴⁸³ Ibid., p. 49.

⁴⁸⁴ PEREYRA, op. cit., p. 49.

⁴⁸⁵ ROBLES PLANAS, 2013, p. 321.

adequadamente⁴⁸⁶ e não poderá vir a ser responsabilizado por eventual descumprimento de um dever, já que não havia, a rigor, efetivo *compliance* que pudesse embasar a sua responsabilização⁴⁸⁷.

Além da hierarquia e autonomia, os responsáveis pela *criminal compliance* devem ter acesso direto aos órgãos responsáveis para que possam reportar prontamente qualquer assunto envolvendo condutas ilícitas⁴⁸⁸, sem a necessidade da intermediação de outros órgãos para o contato entre o *compliance officer* e a alta administração. Esses profissionais também devem possuir acesso irrestrito às informações e dados armazenados na empresa.

Das considerações até então tecidas sobre os programas de *compliance* e as obrigações impostas ao *compliance officer* e ao empresário, é possível constatar que a cultura do *compliance* corresponde a uma variante da prevenção geral positiva, por impor aos administradores e aos responsáveis pelo programa um dever de vigilância jurídico-penal⁴⁸⁹. Diante dessa imposição, torna-se essencial analisar o papel do *compliance officer* ante a normativa brasileira que estabelece mecanismos de prevenção.

3.3 A DIMENSÃO DO COMPLIANCE OFFICER DIANTE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI Nº 9.613/1998) E DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI Nº 12.846/2013)

A Lei de Lavagem de Dinheiro e a Lei Anticorrupção Empresarial, como visto no capítulo anterior, estabelecem mecanismos de prevenção às condutas típicas descritas nas respectivas leis e fixam determinadas obrigações às pessoas jurídicas, bem como à determinada classe de pessoas físicas.

Relativamente à Lei de Lavagem de Dinheiro, são estabelecidas regras de cooperação privada às pessoas físicas e jurídicas que atuem em alguma das atividades listadas no art. 9º da Lei, seja de forma permanente ou eventual.

Para o desempenho dessas atividades, a Lei nº 12.683/2012 determinou a obrigatoriedade da adoção de políticas, procedimentos e controles internos, de acordo

⁴⁸⁶ MAEDA, 2013, p. 183-184.

⁴⁸⁷ SCANDELARI, 2015, p. 191-192.

⁴⁸⁸ MAEDA, op. cit., p. 184-185.

⁴⁸⁹ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 100.

com o porte do estabelecimento e o volume de operações realizadas, para cumprir as obrigações impostas pela Lei (conforme art. 10, inciso III). O dever de *compliance* – apesar de não receber esse nome no texto legal⁴⁹⁰ – passa a ser uma obrigatoriedade⁴⁹¹, uma vez que fica clara a necessidade de uma atuação preventiva para evitar a prática de lavagem⁴⁹². Até então, a Lei previa o dever de colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro ante a comunicação ao COAF de transações suspeitas, mas não estabelecia o dever de criar sistemas de controles internos⁴⁹³.

Todavia, o instituto de *compliance* já possuía relevância jurídico penal no âmbito da prevenção à lavagem de dinheiro mesmo antes da reforma legal⁴⁹⁴, em decorrência da Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998, do Banco Central do Brasil⁴⁹⁵, que determina às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central a implantação de controles internos para as atividades desenvolvidas.

Com isso, os responsáveis por essas instituições têm o papel de manter sistemas de *compliance* para atuar com o dever de cuidado necessário na transação realizada⁴⁹⁶, cumprindo com a sua responsabilidade de cooperação com o sistema criminal⁴⁹⁷.

Portanto, o empresário ou o conselho de administração, ao implementarem um sistema de *compliance* e delegarem poderes a um profissional para a gestão desse programa, devem poder confiar que o monitoramento e controle das transações estão sendo devidamente realizados e que serão informados sobre eventuais transações suspeitas, a fim de que possam cumprir com o seu dever legal de comunicação ao COAF, nos termos do que estabelece o art. 11, inciso II da Lei 9.613/1998. Frise-se que o dever estabelecido pela Lei é o de comunicação, não havendo o estabelecimento de um dever de garante ou a fixação de práticas a serem assumidas por esses possíveis garantes para evitar a prática do crime de lavagem⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ De acordo com Benedetti (2014, p. 78-79), os deveres impostos a determinadas pessoas para o cumprimento de exigências destinadas à prevenção do crime de lavagem, imposta pela Lei de Lavagem, correspondem a deveres de *compliance*, apesar de a lei não utilizar essa denominação, preferindo subsumir os deveres como mandamento normativo-legal objetivo.

⁴⁹¹ BADARÓ, BOTTINI, 2013, p. 41.

⁴⁹² SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 180.

⁴⁹³ SAAVEDRA, 2011.

⁴⁹⁴ BENEDETTI, op. cit., p. 80.

⁴⁹⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45273/Res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2015.

⁴⁹⁶ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 274.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 244.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 182.

Ademais, o dever de comunicação é pessoal e é incumbido, tão somente, às pessoas listadas no art. 9º da Lei.

Ao *compliance officer*, no âmbito específico da Lei de Lavagem de Dinheiro, podem ser delegadas as funções de implantação, monitoramento, fiscalização, supervisão das atividades desenvolvidas pela instituição e comunicação de eventuais suspeitas ou constatações de operações de lavagem de ilícitos à alta direção para que esse órgão possa, enfim, comunicar ao COAF.

Desse modo, ao *compliance officer* incumbirá, além dos deveres gerais já analisados, a responsabilidade pela gestão do programa de prevenção à lavagem de dinheiro⁴⁹⁹, o que compreenderia o fomento à cultura de prevenção à lavagem de dinheiro, por meio de treinamentos específicos, para os funcionários e demais colaboradores e o estabelecimento de mecanismos relativos às práticas de “conheça seu cliente”⁵⁰⁰, “conheça seu fornecedor”, “conheça seu parceiro” e “conheça seu funcionário”⁵⁰¹.

Além disso, pode ser elencada a obrigação de implantar um sistema de monitoramento de transações e de mídia, com o objetivo de detectar operações atípicas, elaborar relatórios e efetuar comunicação fundamentada⁵⁰² aos seus superiores.

O *compliance officer* deve também ficar atento às demais normativas e resoluções expedidas por órgãos de controle para cumprir adequadamente com seu dever, como, por exemplo, Cartas Circulares do Banco Central do Brasil, Resoluções do COAF e do Conselho Monetário Nacional.

A violação de quaisquer dessas obrigações, com a promoção de transações financeiras sem as devidas cautelas, afronta o risco negocial⁵⁰³ e corresponde a uma quebra dos efetivos deveres incumbidos ao *compliance officer*.

No tocante à Lei Anticorrupção Empresarial, é fixada a responsabilidade objetiva administrativa e cível das pessoas jurídicas que estejam relacionadas à prática de atos que atentem contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Essa responsabilização objetiva implica a possibilidade de imposição de sanções à empresa por atos de corrupção praticados por seus funcionários, independentemente

⁴⁹⁹ MANZI, 2008, p. 56.

⁵⁰⁰ Dentro dessa prática, situa-se o dever de estabelecer critérios de categorização de clientes, identificando aqueles considerados de alto risco e aquelas pessoas expostas politicamente que requerem atenção especial. Cf. FEBRABAN, 2013, p. 15.

⁵⁰¹ FEBRABAN, loc. cit.

⁵⁰² FEBRABAN, loc. cit.

⁵⁰³ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 274.

da comprovação do dolo ou da culpa⁵⁰⁴, sendo penalizada individualmente a pessoa natural que participou do ilícito pelos outros mecanismos de punição existentes⁵⁰⁵.

A existência de um programa de cumprimento não é obrigatória⁵⁰⁶ para as pessoas jurídicas que não exerçam as atividades listadas pela Lei de Lavagem de Dinheiro, mas é extremamente recomendável, principalmente em decorrência da atenuante prevista na normativa.

O estabelecimento de um incentivo expresso e de tratamento diferenciado às empresas que possuírem *compliance* efetivo pretende produzir impactos positivos de combate aos atos previstos na Lei. Por isso, afirma-se que o Estado impõe o regime em termos indutivos, não havendo uma coação normativa para implementar o sistema, mas sim uma requisição, para que a pessoa jurídica, para estabelecer vínculos de natureza obrigacional com o Poder Público, possua um regime de conformidade⁵⁰⁷.

De acordo com o Decreto nº 8.420/2015, o regime de conformidade deve conter os requisitos previstos no artigo 42⁵⁰⁸, os quais muito se assemelham com os requisitos já apresentados neste trabalho.

Além da implementação de um programa de *compliance*, é importante que as empresas comprometidas com o combate à corrupção façam a adesão ao Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção (conhecido como Pacto CGU), no qual as empresas signatárias, de acordo com o artigo 2 do Pacto, assumem o compromisso de que atuarão, por meio das medidas previstas, para impedir que seus funcionários e demais pessoas físicas ou jurídicas a ela relacionadas se envolvam em atos de corrupção⁵⁰⁹. A adesão ao pacto qualifica as pessoas jurídicas nas relações de natureza contratual com o poder público e pode vir a minorar eventual sanção penal-administrativa prevista na Lei Anticorrupção a ser imposta⁵¹⁰.

Através do Pacto, a Controladoria Geral da União (CGU) passa a ter uma jurisdição administrativa sobre as pessoas jurídicas que aderirem ao seu regulamento,

⁵⁰⁴ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 137.

⁵⁰⁵ GUARAGNI, 2014, p. 97.

⁵⁰⁶ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 169.

⁵⁰⁷ CARVALHOSA, 2015, p. 336.

⁵⁰⁸ Cf. nota 369 deste capítulo.

⁵⁰⁹ CONTROLADORIA-GERAL da União (CGU); INSTITUTO Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; GRUPO de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção**, jun. 2009, p. 56-57. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>.

Acesso em: 30 nov. 2015.

⁵¹⁰ CARVALHOSA, op. cit., p. 337.

tendo competência para fiscalizar permanentemente as atividades das pessoas jurídicas inscritas e impor certas penalidades quando for o caso⁵¹¹.

Nesse cenário, a Lei Anticorrupção impõe um papel restrito de comportamento empresarial, obrigando o administrador ou o *compliance officer* delegado a atuar de forma preventiva nos focos de perigo existentes⁵¹².

O *compliance officer*, portanto, deve cumprir com os deveres próprios da sua função, atentando-se não só para as regras previstas na legislação ordinária, como também às normativas administrativas expedidas pela CGU e demais autoridades.

É essencial também que o *compliance officer* atente-se para as iniciativas surgidas no âmbito empresarial, como o próprio Pacto CGU, bem como outras iniciativas específicas de determinados setores ou indústrias privadas⁵¹³, a fim de tornar o programa adequado e conforme as regras que as próprias empresas estabelecem entre si.

Com essas iniciativas, pretende-se demonstrar às autoridades públicas que, ainda que o programa eventualmente não evite um resultado típico, é idôneo⁵¹⁴ e corresponde a uma atuação diligente da empresa para evitar as violações legais, podendo diminuir as penalidades a serem impostas pela empresa⁵¹⁵.

Não há dúvida de que, muito embora o programa de *compliance* não seja obrigatório pela Lei Anticorrupção, a opção da pessoa jurídica em implantar o programa a vincula às regras existentes sobre o tema, de modo que as exigências organizativas estabelecidas se constituem em verdadeiros deveres jurídicos⁵¹⁶.

Nesse ponto surge a controvérsia sobre a responsabilização do *compliance officer* por eventuais crimes que venham a ser cometidos no interior da

⁵¹¹ CARVALHOSA, 2015, p. 337-338.

⁵¹² SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 338.

⁵¹³ Aqui podem ser citados como exemplos: (a) o Centro Global de Infraestrutura Anticorrupção, organização através da qual são fornecidos recursos para melhor entendimento, identificação e prevenção da corrupção nas áreas de infraestrutura, construção e engenharia; (b) a Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativistas, voltada às atividades relacionadas à extração de petróleo, gás e mineração; e (c) o Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, que regularmente realiza fóruns para melhorar a qualidade da supervisão bancária a nível mundial e que, por meio dos Acordos da Basileia, estabelece normas e metodologias para atuação das atividades bancárias. Cf. GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 95-96; MANZI, 2008, p. 93-95.

⁵¹⁴ SCANDELARI, 2015, p. 184.

⁵¹⁵ MAEDA, 2013, p. 180. O autor também destaca que, apesar de a lei brasileira não prever a exclusão total da responsabilidade, nos Estados Unidos essa possibilidade existe e já ocorreu. Em 2012, o DOJ e a SEC decidiram não iniciar um processo contra o banco Morgan Stanley por violações cometidas por um diretor com lotação na China por considerar que a empresa comunicou as autoridades assim que descobriu o fato, cooperou o quanto pôde e mantinha um forte sistema de controle interno. Além disso, foi comprovado que o executivo que cometeu a violação recebeu diversos treinamentos e comunicações sobre *compliance* anticorrupção por parte do banco. Nesse caso, apenas o executivo foi processado.

⁵¹⁶ SIEBER, 2013, p. 79.

empresa que possua um efetivo programa de *criminal compliance*: por mais que existam deveres impostos às pessoas listadas na Lei de Lavagem de Dinheiro e existam certos requisitos essenciais que o programa deve conter (conforme o Decreto nº 8.420/2015), não há um dever específico derivado das respectivas leis que obrigue esse profissional a evitar resultados criminosos no ambiente corporativo⁵¹⁷.

Diante de tal fato, bem como ante a inexistência de uma previsão específica na lei penal acerca da responsabilização penal do garantidor por crimes não impedidos, indaga-se: o *compliance officer* pode vir a ser responsabilizado penalmente (sem a deturpação dos institutos penais) por eventuais crimes que venham a ser cometidos no interior empresarial?

⁵¹⁷ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 90.

4 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

4.1 A RESPONSABILIZAÇÃO DO GARANTIDOR PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O *compliance officer* recebe, por delegação do empresário, poderes para implantar e gerir o sistema de *criminal compliance*, tendo por obrigação principal torná-lo efetivo no que concerne ao controle dos riscos de cometimento de ilícitos no desenvolvimento da atividade empresarial.

Ao assumir esse encargo, o profissional se torna garante com relação a esses riscos e pode vir a ser responsabilizado penalmente por eventuais falhas da *criminal compliance*, aqui caracterizadas pela ocorrência de crimes no interior da pessoa jurídica. Apesar de não existir um tipo penal específico no ordenamento jurídico brasileiro relativo ao descumprimento de deveres de garante, os conceitos já existentes na dogmática jurídico-penal são suficientes para a responsabilização do garantidor⁵¹⁸. Analisar os fundamentos legitimantes dessa imputação penal é o objetivo do presente capítulo.

Importante destacar que o Código Penal pátrio atualmente é interpretado à luz da teoria da imputação objetiva e, malgrado não a adote, o projeto do novo Código Penal, em trâmite no Senado Federal⁵¹⁹, a prevê.

A imputação objetiva, de acordo com Greco⁵²⁰, corresponde ao “conjunto de pressupostos genéricos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado”.

⁵¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n.106, p. 215-230, jan./fev. 2014. p. 221.

⁵¹⁹ O art. 14, *caput* e parágrafo único do Projeto do novo Código Penal assim dispõem: “Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico. Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante”. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012. Novo Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 10 jan. 2016.).

⁵²⁰ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

Para essa teoria, a imputação da responsabilidade penal considera tanto o desvalor da ação, correspondente à criação de um risco juridicamente desaprovado e o desvalor do resultado, equivalente à possibilidade real de dano na conduta⁵²¹.

Essa realização, no caso, corresponde ao acontecer concreto do resultado, o qual deve se enquadrar no âmbito de proteção da norma de conduta violada⁵²². Em suma, para que uma conduta seja considerada crime imputável ao agente são necessários os seguintes elementos: (a) deve o sujeito criar o risco não permitido; (b) o risco deve se realizar; e (c) o resultado deve estar contido dentro do alcance do tipo⁵²³.

Assim, se o curso dos acontecimentos que ensejou o resultado não está entre os cursos causais evitados pela norma⁵²⁴ ou não é o sujeito o criador do risco não permitido⁵²⁵, o resultado não poderá ser a ele imputado.

Considerar que há riscos juridicamente desaprovados significa que o ordenamento jurídico é tolerante a certos riscos. Não será a realização desses riscos que fundamentará eventual responsabilização do sujeito. Nessas situações, mesmo que ocorra um resultado danoso, a imputação objetiva estará excluída⁵²⁶, pois tais lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido pela lei⁵²⁷. O risco permitido autoriza que se repute conforme ao direito ações que comportam um perigo de vulneração de bens jurídicos sempre que o nível de risco se mantiver dentro dos limites razoáveis e o agente tenha adotado as medidas de precaução e de controle necessárias⁵²⁸.

Para a configuração dos crimes dolosos, de acordo com a imputação objetiva, devem restar caracterizados a ação, a causalidade, o resultado típico e o dolo. Por sua vez, nos delitos imprudentes, deverão ser demonstradas a ação, a causalidade, o resultado típico e a infração do dever objetivo de cuidado⁵²⁹, estando excluída a tipicidade se não houver infração ao dever de vigilância⁵³⁰.

A questão da causalidade apenas se verifica nos chamados tipos de resultado material, pois nos tipos de mera atividade não é necessário estabelecer

⁵²¹ GRECO, 2014, p. 35.

⁵²² FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 34.

⁵²³ ROXIN, Claus. **Estudios de derecho penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 104.

⁵²⁴ FRISCH, op. cit., p. 34.

⁵²⁵ ROXIN, op. cit., p. 110.

⁵²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 288.

⁵²⁷ ROXIN, op. cit., p. 110.

⁵²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 287.

⁵²⁹ GIMBERNART ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 217.

⁵³⁰ Ibid., p. 213-214.

conexão fática alguma⁵³¹, consumando-se o crime pela simples realização da conduta vedada pelo ordenamento.

A causalidade necessária para a imputação do delito reside no fato de ter sido a ação ou omissão a causa do resultado, isto é, que a conduta ativa ou omissiva tenha contribuído necessariamente para o resultado⁵³². O resultado ocorrido vincula-se à pessoa que o criou ou que permitiu que ocorresse⁵³³.

Para Jakobs⁵³⁴, a imputação objetiva visa imputar os desvios a respeito das expectativas que pertencem ao portador de um papel, isto é, à posição normativa que determinado indivíduo ocupa na sociedade com seus respectivos encargos que devem ser cumpridos. Assim, determinada pessoa que tenha a tarefa de evitar a realização de determinado delito poderá ser penalmente responsabilizada quando não o impedir⁵³⁵. A causalidade e a imputação, dessa forma, são diferentes nos delitos omissivos e comissivos⁵³⁶.

No caso do *compliance officer*, observa-se que está vinculado de forma concreta, através de um contrato⁵³⁷, às regras especiais estabelecidas com o empresário e, sendo um indivíduo capaz de evitar causal e psicologicamente um resultado lesivo, pode ser responsabilizado pelo que não evitou⁵³⁸, se o atuar lhe era exigido naquela oportunidade.

A responsabilização desse sujeito, consequentemente, não é pelo seu atuar positivo, mas por não atuar quando deveria tê-lo feito, possibilitando a ocorrência de um resultado lesivo a bens jurídicos tutelados⁵³⁹, embasando-se a responsabilização no art. 13, §2º do Código Penal⁵⁴⁰.

⁵³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 272-273.

⁵³² Ibid., p. 273.

⁵³³ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 17-18.

⁵³⁴ Ibid., p. 19-20.

⁵³⁵ JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 43.

⁵³⁶ LEITE, Alair. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168. p. 147.

⁵³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alair Leite. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons. 2013, p. 159-181. p. 161. É importante destacar que o contrato, por si só, não gera posição de garantidor, devendo concorrer elementos materiais para a assunção efetiva do cargo de garante, conforme página 101 e seguintes dessa dissertação.

⁵³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2006, jul. 2006. p. 5-6. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/362_es.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2015.

⁵³⁹ A responsabilização por delitos omissivos é fonte de discussões doutrinárias em virtude dos problemas decorrentes da natureza, estrutura e punibilidade dessa modalidade delitiva. A respeito do debate

O art. 13 do Código Penal, em seu *caput*, estabelece que o resultado é imputável a quem lhe deu causa, sendo considerada causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Relativamente à omissão, o legislador fixou, no parágrafo 2º do dispositivo, que será penalmente relevante quando o omitente “devia e podia agir para evitar o resultado” e estabeleceu que o dever de agir pode ser adquirido de três diferentes formas, quais sejam: (a) quando a lei estabelecer obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) quando assumir voluntariamente a responsabilidade por qualquer outra forma; ou (c) quando criar, através de comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado. Portanto, além de normas proibitivas, o Código Penal contém normas imperativas que determinam a prática de ações cuja omissão pode vir a ocasionar resultados nocivos para a sociedade⁵⁴¹.

Esse parágrafo contempla uma das categorias do crime omissivo, qual seja, a do crime omissivo impróprio, também denominado de crime comissivo por omissão, que é a categoria na qual se fundamenta a responsabilização penal do *compliance officer*. Antes de adentrar na análise pormenorizada dessa categoria, são necessários alguns esclarecimentos gerais sobre o crime omissivo.

4.1.1 Crimes omissivos

A omissão penal não se caracteriza pela simples ausência de atividade, pelo mero não-fazer⁵⁴², mas corresponde à ausência de uma atuação que era determinada pelo direito⁵⁴³ e possível de ser realizada pelo agente no caso concreto. Como explicita Guaragni⁵⁴⁴, a omissão em direito corresponde à omissão de deveres.

Configura-se a partir do momento em que o sujeito realiza uma conduta distinta da que era tipicamente indicada para evitar o resultado descrito no tipo

existente, indica-se a leitura da seguinte obra: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 27-46.

⁵⁴⁰ BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 dez. 2015.

⁵⁴¹ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.

⁵⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes Omissivos no Direito Brasileiro. **Revista Brasileiro de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 41-47, jan./jun. 1982. p. 43.

⁵⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 202.

⁵⁴⁴ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

correspondente⁵⁴⁵. De acordo com Silva Sánchez⁵⁴⁶, “se atribui (imputa) à conduta do sujeito a não realização de uma prestação positiva estimada *ex ante* como necessária para a salvaguarda de um bem jurídico (conceito material)”.

O elemento normativo da omissão penal corresponde a ação devida e juridicamente exigível⁵⁴⁷, de modo que a omissão relevante para o direito será aquela consistente no descumprimento de um dever jurídico imposto⁵⁴⁸.

Para que se puna um agente que não evitou o resultado descrito pelo tipo penal correspondente⁵⁴⁹ é essencial que o agente tenha consciência do seu dever e capacidade de executar a ação devida, ou seja, que possa realizar a ação mandada⁵⁵⁰, não se cogitando da prática de um crime omissivo quando não existe a possibilidade de praticar a ação⁵⁵¹.

Observa-se, logo, que a punibilidade não advém do resultado típico em si, mas da existência de uma situação de perigo para o bem jurídico e da ausência de realização de uma conduta determinada para evitar que tal perigo se concretize e lesione o bem jurídico⁵⁵². Ressalte-se que a ação exigida deve ser capaz de evitar a produção do resultado lesivo, não sendo exigível uma ação que se mostre inútil à proteção do bem jurídico⁵⁵³.

Os elementos para a comprovação da tipicidade de uma conduta de um delito de omissão, então, podem ser assim sistematizados: (a) situação típica geradora do dever; (b) não realização da ação mandada; (c) poder de fato de executar a ação mandada⁵⁵⁴.

A responsabilização pela omissão fundamenta-se no fato de que um determinado sujeito tem o dever de impedir que terceiro concretamente desenvolva uma lesão a um bem jurídico, residindo a desaprovação não apenas na necessidade de proteção de determinados bens jurídicos, mas na competência específica do sujeito com relação ao perigo⁵⁵⁵. A questão decisiva não é propriamente a relação de domínio

⁵⁴⁵ BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 81.

⁵⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2010. p. 195 (tradução nossa).

⁵⁴⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 312.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 313.

⁵⁴⁹ BIERRENBACH, op. cit., p. 80.

⁵⁵⁰ GIMBERNART ORDEIG, 1990, p. 184-191.

⁵⁵¹ CONDE, 1988, p. 29.

⁵⁵² SILVA SÁNCHEZ, op.cit., p. 353.

⁵⁵³ Ibid., p. 373.

⁵⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. 3. ed. Madri: Akal, 1994. p. 258-259.

⁵⁵⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión). **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**. Barcelona, v. 2/2012, abr. 2012. p. 8. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

que se estabelece entre o omitente e o perigo de produção da lesão, mas sim a desaprovação típica de condutas⁵⁵⁶, pois o obrigado a agir não atuou como deveria para evitar o resultado, sendo autor da omissão⁵⁵⁷. Ao não cumprir com o seu dever de agir, desestabilizou o setor de perigo da produção do resultado ou não desfez a instabilidade já existente⁵⁵⁸.

Os crimes omissivos podem ser classificados em próprios ou impróprios⁵⁵⁹.

4.1.1.1 Crimes omissivos próprios

A omissão própria, também definida como omissão pura, corresponde a tipos de simples atividade, definidos expressamente na lei⁵⁶⁰, cujo fundamento para punibilidade reside, em geral, na solidariedade humana entre os membros da comunidade social⁵⁶¹. Correspondem esses crimes à omissão de uma ação mandada⁵⁶², sendo classificados como delitos de mera inatividade⁵⁶³.

Exemplos dessa modalidade omissiva são os crimes de abandono de incapaz e de omissão de socorro previstos, respectivamente, nos artigos 133 e 135 do Código Penal.

Os delitos próprios de omissão contêm um mandado de ação, sendo irrelevante para efeitos de tipicidade se a ação evitaria ou não a lesão do bem jurídico⁵⁶⁴. Consumam-se pelo simples deixar de fazer algo que é determinado pela lei⁵⁶⁵. O autor da omissão própria, assim, é aquele que tinha a capacidade e a possibilidade de realizar a ação mandada⁵⁶⁶, mas infringe uma ordem de atividade⁵⁶⁷.

Com relação ao tipo subjetivo, a imputação dolosa na omissão própria exige o conhecimento da situação típica e das possibilidades de intervenção, bem

⁵⁵⁶ ROBLES PLANAS, 2012, p. 9.

⁵⁵⁷ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 507.

⁵⁵⁸ TAVARES, 2012, p. 138.

⁵⁵⁹ SANTOS, 2008, p. 204.

⁵⁶⁰ BACIGALUPO, 1994, p. 258.

⁵⁶¹ SANTOS, op. cit., p. 204.

⁵⁶² STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general: el hecho punible**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 457.

⁵⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 298.

⁵⁶⁴ BACIGALUPO, op. cit., p. 257.

⁵⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 9. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2012. p. 318.

⁵⁶⁶ SANTOS, op. cit., p. 223.

⁵⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 395.

como a consciência da omissão e do respectivo dever de agir. Já a negligência pode surgir da desatenção na apreciação da situação típica ou das possibilidades de intervenção⁵⁶⁸.

4.1.1.2 Crimes omissivos impróprios

A omissão imprópria, por sua vez, consiste na ausência de atuação por parte de quem tem o dever legal de agir, possibilitando a superveniência do resultado descrito no tipo penal. São crimes de resultado⁵⁶⁹ que se consumam ante o não agir do agente.

Essa modalidade omissiva é também denominada de comissão por omissão por se constituir em uma forma de causar o resultado proibido pela norma⁵⁷⁰ através da sua não evitação por parte de quem tem a obrigação de fazê-lo⁵⁷¹.

Nessa categoria delitiva, a omissão se associa a um determinado resultado proibido, mas inexiste no Código Penal a forma de comissão omissiva⁵⁷². A responsabilização por essa conduta advém da equiparação com a conduta ativa expressa na lei⁵⁷³ que prevê as situações de vulnerabilidade dos bens jurídicos⁵⁷⁴. De tal modo, os delitos impróprios de omissão são aqueles em que o mandado de ação requer evitar um resultado que pertence a um delito de comissão⁵⁷⁵. A causação do

⁵⁶⁸ CONDE, 1988, p. 33.

⁵⁶⁹ BIERRENBACH, 2014, p. 63.

⁵⁷⁰ MIR PUIG, 2012, p. 319.

⁵⁷¹ BIERRENBACH, op.cit., p. 63.

⁵⁷² MIR PUIG, op. cit., p. 319.

⁵⁷³ CONDE, op. cit., p. 32. A esse respeito, o autor esclarece que a equiparação da omissão com a ação deve sempre respeitar o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima, impondo-se a adequada observação da relação causal entre a omissão e o resultado e o dever de evitar o resultado. (Ibid., p. 33-34).

⁵⁷⁴ BACIGALUPO, 1994, p. 255-256. O ordenamento jurídico brasileiro não limita as hipóteses de equiparação dos delitos comissivos com os omissivos, de modo que, satisfeitos os requisitos para a responsabilização, qualquer delito comissivo pode ser praticado na forma de comissão por omissão. Contudo, Cirino dos Santos (2008, p. 208) critica a normativa penal por não determinar quais resultados de lesão dos bens jurídicos podem ser atribuíveis ao garantidor e propõe como solução a esse problema que a responsabilidade penal do garantidor estenda-se apenas aos bens jurídicos mais importantes, como a vida e o corpo. Para o autor, a extensão da garantia a todos os tipos de resultado de lesão, incluindo o patrimônio, o sistema financeiro e o meio ambiente, implicaria um dever jurídico indeterminado e excessivo, incompatível com a Constituição Federal. De modo não tão radical, Stratenwerth e Frister também afirmam que a constitucionalidade da punição dos delitos impróprios de omissão está sujeita a dúvidas, mas, ao invés de restringir o âmbito de aplicação do instituto, estabelecem que a punibilidade deve se limitar aos casos que a equiparação seja inegável, vigorando sempre o princípio do *in dubio pro reo*. Cf. STRATENWERTH, 2008, p. 459; FRISTER, Helmut. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 436.

⁵⁷⁵ BACIGALUPO, op. cit., p. 258.

resultado na comissão por omissão corresponde a sua não evitação⁵⁷⁶, o que somente poderá ser tratado no caso concreto⁵⁷⁷.

A correspondência da omissão com o comportamento ativo se estabelece invertendo as exigências: não é a execução que fundamenta a imputação objetiva, mas sim a não evitação do resultado⁵⁷⁸.

Porém, essa equiparação apenas se justifica quando o omitente tem a obrigação especial de impedir o resultado típico, não bastando para a configuração o mero dever de solidariedade geral⁵⁷⁹. Esse último é fundamento apenas para os casos de omissão própria.

A estrutura do tipo objetivo da omissão imprópria pode ser definida da seguinte forma⁵⁸⁰: (a) a existência de uma situação de perigo para o bem jurídico; (b) a existência de uma posição de garantidor; (c) a omissão pelo garantidor de uma ação determinada pela lei; (d) o poder concreto de agir para evitar o resultado; (e) a ocorrência do resultado típico.

No tocante a posição de garante, o Código Penal brasileiro, como se observa da tríade constante em seu artigo 13, §2º, adotou a teoria das fontes formais dos deveres jurídicos⁵⁸¹, através da qual a mera ostentação de uma das posições descritas no Código seria elemento fundamentador da responsabilização penal.

Porém, a mera análise formal dessa posição não é suficiente para embasar a responsabilização do agente⁵⁸², pois o dispositivo não apresenta critérios seguros para a definição da posição de garantia e respectivos deveres⁵⁸³, sendo necessário analisar as características materiais da posição de garantia que o agente exerce.

⁵⁷⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 298.

⁵⁷⁷ BACIGALUPO, 1994, p. 267.

⁵⁷⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. **Omisión impropria y posición de garante**. Santa Fé: Jurídica, 1997. p. 25.

⁵⁷⁹ FRISTER, 2011, p. 424.

⁵⁸⁰ Cf. SANTOS, 2008, p. 210; MIR PUIG, 2012, p. 324.

⁵⁸¹ BIERRENBACH, 2014, p. 66.

⁵⁸² GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81-122. p. 109.

⁵⁸³ BIERRENBACH, op. cit. p. 76.

4.1.1.2.1 A assunção material da posição de garantia

O fundamento da imputação na omissão imprópria não é encontrado apenas na enunciação formal de uma fonte, mas sim em uma consideração material de que o garante assumiu efetivamente a custódia daquele bem⁵⁸⁴, o que pode ser verificado através da assunção material (a) do controle sobre a integridade de um bem, que fundamenta deveres de proteção ou (b) do controle sobre uma fonte de perigo que fundamenta deveres de vigilância⁵⁸⁵. A noção de garante requer, dessa forma, que exista uma especial relação do sujeito com o bem jurídico tutelado⁵⁸⁶, seja por meio da vinculação aos deveres de vigilância ou de proteção.

Os deveres de proteção derivam de uma obrigação relacionada a uma estreita vinculação do sujeito com um determinado bem jurídico cuja integridade deve ser protegida frente aos perigos que podem lhe acometer, ao passo que os deveres de vigilância estão vinculados ao dever de cuidado de uma fonte de perigo da qual possam derivar danos para bens jurídicos alheios. Os deveres de vigilância também correspondem a deveres de proteção, mas estão relacionados ao cuidado de uma determinada fonte de perigo, enquanto os de proteção em sentido estrito se referem a um determinado bem específico⁵⁸⁷.

Nesse aspecto, Conde⁵⁸⁸ esclarece que as fontes que fundamentam a função de proteção de um bem jurídico e a função de vigilância sobre uma fonte de perigo são diversas.

Relativamente à função protetora de um bem jurídico, as fontes são as seguintes: (a) vinculação natural com o bem jurídico, a qual é verificável principalmente no âmbito familiar com relação à vida, à integridade física e à saúde dos familiares do garante; (b) participação de uma comunidade de perigos, como, por exemplo, a prática de esportes de perigo; (c) aceitação voluntária de específicas funções protetivas em que as pessoas, de forma expressa ou tácita, assumem a obrigação de impedir determinados resultados, como, por exemplo, os salva-vidas⁵⁸⁹.

No tocante à função de vigilância de uma fonte de perigo, destaca-se a ideia do agir precedente ou da ingerência, de modo que aquele que, com seu fazer

⁵⁸⁴ BIERRENBACH, 2014, p. 81-82.

⁵⁸⁵ GRECO; ASSIS, 2014, p. 110.

⁵⁸⁶ PEREYRA, 2011, p. 52.

⁵⁸⁷ BACIGALUPO, 2011, p. 212.

⁵⁸⁸ CONDE, 1988, p. 36.

⁵⁸⁹ CONDE, loc. cit.

ativo, ocasiona um perigo iminente de um resultado típico, tem a obrigação de impedi-lo⁵⁹⁰. Além dessa hipótese, a função de vigilância também se constata quando o sujeito assume uma garantia de segurança com relação a uma fonte de perigos que tem sob seu controle⁵⁹¹. Como exemplos, podem ser citadas a posição do pai com relação aos perigos causados por filhos menores e a dos administradores ou empregados hierárquicos privados com relação aos subordinados.⁵⁹²

Nesse sentido, Greco e Assis⁵⁹³ estabelecem que na relação do administrador com sua empresa existe um dever de vigilância sobre o estabelecimento como fonte de perigo, tanto em relação aos produtos que comercializa como com relação aos funcionários e demais pessoas que estão relacionadas com a empresa. Todos os que ocupam uma posição dentro de um órgão diretivo são garantes com relação ao seu âmbito de atuação e à responsabilidade para a qual foram designados⁵⁹⁴, o que será analisado conforme as características organizativas de cada empresa⁵⁹⁵. É correto afirmar, segundo essa concepção, que o *compliance officer*, ao assumir voluntariamente o seu encargo, mediante delegação de poderes do empresário, possui o dever de proteção de vigilância.

Mais do que esperar a produção de uma situação de perigo determinada para atuar, a atuação do garante deve estar voltada para a evitação de que os perigos que normalmente decorrem daquela fonte apareçam⁵⁹⁶. A atuação do garante se trata de verdadeira medida acautelatória em favor dos bens em perigo⁵⁹⁷ sempre que a lesividade do bem jurídico já for previsível *ex ante*⁵⁹⁸.

Aspecto essencial é que esse dever de realizar atividades que evitem danos e conservem o direito possua um fundamento jurídico, não bastando uma obrigação moral⁵⁹⁹. No caso do responsável pelo programa de conformidade, esse fundamento está no contrato, por meio do qual devem ser estabelecidos os mandatos a serem cumpridos.

A exteriorização da assunção da posição do dever de proteção é fundamental⁶⁰⁰, a qual, segundo Schünemann⁶⁰¹, deve ser expressa, pois dela decorre

⁵⁹⁰ CONDE, 1988, p. 36.

⁵⁹¹ BACIGALUPO, 1994, p. 263.

⁵⁹² Ibid., p. 264.

⁵⁹³ GRECO; ASSIS, 2014, p. 110.

⁵⁹⁴ BACIGALUPO, 2011, p. 40.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 42.

⁵⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 360.

⁵⁹⁷ BIERRENBACH, 2014, p. 101.

⁵⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 368.

⁵⁹⁹ JAKOBS, 1996, p. 18.

⁶⁰⁰ GARCÍA CAVERO, 2006, p. 9.

a possibilidade de responsabilização penal. É essencial que se fixem quais são os deveres jurídicos aceitos, quais são os resultados que se deve impedir e qual o alcance da posição de garantia⁶⁰².

Esse compromisso prévio e individual de controle de riscos, voluntária e expressamente assumido⁶⁰³, enfatiza a necessidade de que os deveres de garantias fundamentam-se no exercício da liberdade ou da autonomia pessoal, legitimando a imputação a título de comissão por omissão⁶⁰⁴.

Por meio do contrato e da aceitação voluntária e expressa de seus deveres, o *compliance officer* passa a ter o dever contratual⁶⁰⁵ de atuar para impedir a ocorrência do resultado. Nesse aspecto, é importante esclarecer que o agente não tem o dever de evitar o resultado, mas sim o “de fazer o que está a seu alcance para que não ocorra”⁶⁰⁶. A conduta proibida não é a consumação do resultado típico em si, mas a omissão por parte de quem tem o dever jurídico e a capacidade de agir⁶⁰⁷.

Além do dever de neutralizar os perigos que ameacem os bens jurídicos, tem o dever de se omitir com relação à possível criação de perigo em direção aos prejuízos que deve prevenir⁶⁰⁸. A sua atuação contrária a esses pressupostos que, de qualquer forma, venha a favorecer, possibilitar ou ocasionar a conduta delitiva de terceiros, corresponde à criação de um risco desaprovado pelo bem jurídico⁶⁰⁹.

O dever de agir, nesse caso, é integrante da ilicitude nos crimes omissivos impróprios⁶¹⁰, somente podendo ser responsabilizado por essa modalidade aquele se encontra especialmente obrigado a realizar determinada ação⁶¹¹ por uma relação especial com o bem jurídico, e não qualquer sujeito que se omita⁶¹². Portanto, a

⁶⁰¹ SCHÜNEMANN, 1988, p. 544-545. O autor destaca que o Código Penal da Colômbia adotou a sua teoria de forma ampla, de modo que, em um de seus dispositivos, descreve individualmente as posições de garantidor e estabelece a diferença entre a assunção de uma posição concreta sobre um bem jurídico e de uma posição de garantidor de vigilância sobre uma determinada fonte de perigo. (Id., 2013, p. 180).

⁶⁰² TERRAGNI, 1997, p. 24.

⁶⁰³ Segundo Tavares (2012, p. 327), a manifestação expressa de assunção da função específica de proteção é pressuposto da assunção fática de responsabilidades.

⁶⁰⁴ SCANDELARI, 2015, p. 189.

⁶⁰⁵ RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*. Barcelona, v. 1/2015, jan. 2015. p. 2. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1099.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

⁶⁰⁶ TERRAGNI, op. cit., p. 18 (tradução nossa).

⁶⁰⁷ TERRAGNI, loc. cit. (tradução nossa).

⁶⁰⁸ FRISCH, 2004, p. 374.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 375.

⁶¹⁰ BIERRENBACH, 2014, p. 81.

⁶¹¹ STRATENWERTH, 2008. p. 456.

⁶¹² MIR PUIG, 2012, p. 326.

posição de garante efetivamente assumida⁶¹³ é uma exigência para se condene por comissão por omissão⁶¹⁴.

Além do dever de agir, o agente deve ter poder de agir, o que se refere à possibilidade material, às condições pessoais do autor e às circunstâncias objetivas da situação de perigo⁶¹⁵ de realizar a ação exigida para afastar a ocorrência do resultado típico⁶¹⁶.

A não realização da ação de proteção do bem jurídico em situação de perigo por um sujeito concretamente capaz de agir significa o descumprimento do dever jurídico de agir⁶¹⁷ e pode levar a fixação de responsabilidades.

4.1.1.2.2 A imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios

Os pressupostos da imputação objetiva no delito de omissão são os mesmos pressupostos que se exigem para os delitos de ação⁶¹⁸. Entretanto, na omissão não há necessidade de uma verdadeira relação de causalidade naturalística entre a omissão e o resultado⁶¹⁹. Apesar de o resultado lesivo ser condição prévia para a responsabilização do garante⁶²⁰, este não é diretamente produzido em virtude da omissão do garante.

Muito embora a fundamentação da imputação resida na existência de um dever positivo de agir em decorrência de uma função específica assumida⁶²¹, sem o critério da causação do resultado não é possível definir em abstrato que a omissão é equivalente a uma ação⁶²². Isso porque a tipificação da conduta do omitente será realizada de acordo com a previsão legal do crime comissivo⁶²³.

O art. 13, 2º do Código Penal, portanto, constitui uma ampliação da punibilidade dos tipos da parte especial, estendendo-os às omissões que, inicialmente,

⁶¹³ FRISTER, 2011, p. 448.

⁶¹⁴ RUEDA MARTÍN, 2015, p. 6.

⁶¹⁵ SANTOS, 2008, p. 211.

⁶¹⁶ BIERRENBACH, 2014, p. 81-82.

⁶¹⁷ SANTOS, op. cit., p. 212.

⁶¹⁸ FRISTER, op. cit., p. 436-437.

⁶¹⁹ MIR PUIG, 2012, p. 336.

⁶²⁰ FRISCH, 2004, p. 403.

⁶²¹ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 208.

⁶²² FRISTER, op. cit., p. 425.

⁶²³ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 202.

não são subsumíveis a eles⁶²⁴. Importante esclarecer que a omissão do garante não se refere à omissão da ação comissiva descrita no tipo, mas sim à omissão de uma ação que poderia evitar a realização daquele tipo penal⁶²⁵. A ação caracterizadora do delito em comissão por omissão é aquela capaz de evitar a produção do resultado, ou seja, é aquela ação capaz de salvaguardar e de proteger o bem por quem ostenta a posição de garante⁶²⁶.

Sendo assim, a causalidade, nos delitos de omissão, não deve ser buscada por meio de um conceito de causalidade idêntico ao da conduta comissiva. Na omissão, a causalidade corresponde ao segundo nível de imputação e apenas será verificada depois de constatado o dever do agente de evitar o delito⁶²⁷.

A capacidade de realizar a ação exigida aparece como um elemento constitutivo do injusto, sendo que a possibilidade de que a ação tivesse evitado o resultado é um requisito da imputação objetiva conhecido como causalidade hipotética⁶²⁸. Assim, de acordo com o processo de eliminação hipotética de *Thyrén*, aplicável a essa classe delitiva, uma ação será causa do evento quando, suprimida mentalmente, constatar-se que o resultado não ocorreria como ocorreu⁶²⁹.

Verifica-se, portanto, se o resultado teria sido evitado, com probabilidade próxima à certeza, se o sujeito tivesse realizado a ação mandada, inerente ao seu dever de garante. Se a resposta for afirmativa, conclui-se que o resultado deve ser objetivamente imputado ao omitente⁶³⁰. Entretanto, constatando-se a omissão de ação cuja execução modificasse de modo irrelevante a lesão do bem jurídico⁶³¹, a conduta do garante não se constitui como uma causação do resultado apta a responsabilizá-lo, eis que ampliaria a punibilidade de um modo inaceitável⁶³².

⁶²⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Faustino. O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, § 2.º, do CP. In: **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, ano 21, n. 264, nov. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/305-264-Novembro2014>. Acesso em: 16 dez. 2015.

⁶²⁵ SCHÜNEMANN, 2013, p. 164.

⁶²⁶ RUEDA MARTÍN, 2015, p. 9-10.

⁶²⁷ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 164.

⁶²⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 218. Afasta-se, com isso, a concepção de que o nexo de causalidade na comissão por omissão é normativo e de que basta a ostentação da posição de garantidor e a ocorrência do resultado para a punibilidade do agente. A adoção dessa percepção normativa pode incorrer na hipótese de inaceitável responsabilização objetiva. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116-117.)

⁶²⁹ BIERRENBACH, 2014, p. 93.

⁶³⁰ Ibid., p. 101.

⁶³¹ FRISTER, 2011, p. 435.

⁶³² SCHÜNEMANN, op. cit., p. 165.

Nesse aspecto, Hungria⁶³³ esclarece que “para se aferir da causalidade da omissão, deve ser formulada a seguinte pergunta: ‘teria sido impedido pela ação omitida o evento subsequente?’”. Se afirmativa a resposta, a omissão é causal em relação ao evento”.

Cabe ressaltar que não é possível afirmar com absoluta segurança se a ação poderia ou não evitar o resultado, mas é um juízo hipotético, submetido a uma margem de erro⁶³⁴, em que o máximo que se pode alcançar é um juízo de alta probabilidade⁶³⁵.

Ressalte-se que o Código Penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*), segundo a qual causa é toda condição do resultado e todas as condições se equivalem, não havendo distinção entre causa, condição, ocasião e concausa⁶³⁶. Dessa forma, nos delitos de resultado, todas as forças que concorrem para o resultado, analisadas isoladamente ou em seu conjunto, equivalem-se em sua eficiência causal⁶³⁷. Para a responsabilização nessa etapa, basta a comprovação do nexo de causa e efeito entre a conduta do agente e o evento descrito pelo tipo⁶³⁸. A relação causal estará presente sempre que o evento não ocorra sem aquela determinada causa⁶³⁹.

A exceção à teoria da *conditio sine qua non* encontra-se no parágrafo 2º do art. 13, do Código Penal, em que são causas relevantes apenas as omissões praticadas por quem tinha especial obrigação de agir e não o fez.

Relativamente ao tipo subjetivo dos crimes omissivos, Bacigalupo⁶⁴⁰ explica que o dolo nessa modalidade delituosa possui uma estrutura própria e diversa dos crimes comissivos, pois não há conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo. O dolo na omissão requer o conhecimento da situação geradora do dever e o conhecimento da possibilidade de realizar a ação e, com isso, evitar o resultado.

Para a configuração do dolo na omissão imprópria, é suficiente que o garante, mesmo tendo conhecimento da situação de perigo do bem jurídico, da sua posição de garante que lhe obrigava a agir⁶⁴¹ e das circunstâncias que possibilitavam

⁶³³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Vol. I. Tomo 2º. Arts. 11 a 27. p. 65.

⁶³⁴ MIR PUIG, 2012, p. 337.

⁶³⁵ FRAGOSO, 1982, p. 44.

⁶³⁶ HUNGRIA, op. cit., p. 57.

⁶³⁷ BIERRENBACH, 2014, p. 93.

⁶³⁸ Ibid., p. 91.

⁶³⁹ HUNGRIA, op. cit., p. 57.

⁶⁴⁰ BACIGALUPO, 1994, p. 265.

⁶⁴¹ SANTOS, 2008, p. 218-219.

a sua ação⁶⁴², deixe os acontecimentos transcorrerem normalmente. O sujeito ordena os meios de que dispõe para não realizar as ações devidas que possibilitariam o resguardo do bem jurídico confiado a sua custódia⁶⁴³.

Nesse aspecto, Cirino dos Santos⁶⁴⁴ explica que o dolo como vontade consciente de omitir a ação descrita no tipo penal é raro de se verificar no caso concreto, sendo mais fácil a demonstração do dolo eventual em que o omitente aceita o risco da superveniência do evento⁶⁴⁵.

Será culposo o delito de omissão quando o autor infringir o cuidado devido por meio de sua omissão⁶⁴⁶. Essa culpa poderá ser caracterizada, por exemplo, quando o garante descumpra uma norma cominatória prevista, por exemplo, no contrato⁶⁴⁷.

Os delitos comissivos por omissão podem ser classificados como delitos de infração de dever, em que o resultado decorrente da omissão é imputado ao agente pela violação do dever respectivo⁶⁴⁸.

De acordo com Roxin, o ponto determinante para a caracterização da autoria é o dever específico de comportar-se de uma determinada forma⁶⁴⁹. A responsabilização decorreria da infração do dever⁶⁵⁰ inerente à posição de garantidor⁶⁵¹.

Por isso é correto afirmar que a razão da tipificação desses delitos reside na violação de deveres relacionados a um papel social assumido pelo próprio garante⁶⁵². Nesse caso, a responsabilização reside no fato de o indivíduo infringir as exigências de um dever específico que a ele assiste⁶⁵³, não importando a forma pela qual a violação aos deveres ocorra⁶⁵⁴.

⁶⁴² BACIGALUPO, 1994, p. 265.

⁶⁴³ TERRAGNI, 1997, p. 25.

⁶⁴⁴ SANTOS, 2008, p. 218-219.

⁶⁴⁵ BIERRENBACH, 2014, p. 85.

⁶⁴⁶ BACIGALUPO, op. cit., p. 266.

⁶⁴⁷ TERRAGNI, op. cit., p. 27.

⁶⁴⁸ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80. p. 62.

⁶⁴⁹ ROXIN, 2000, p. 386.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 387.

⁶⁵¹ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 63.

⁶⁵² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-45. p. 33.

⁶⁵³ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 61.

⁶⁵⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber". **Revista Penal**, Cidade Real, n. 14, p. 3-23, jul. 2014. p. 8. Disponível em: <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/abanto%20vasquez.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

O agente não é punido pela criação do perigo (pois tal perigo é anterior a sua omissão), mas sim por deixar o perigo seguir seu curso e acarretar a produção da lesão ao bem jurídico⁶⁵⁵.

A autoria também pode ser vista como a criação de um risco juridicamente desaprovado, isto é, como a violação do dever de cuidado objetivo, em que se configuraria o delito de infração de dever na forma culposa⁶⁵⁶.

Observa-se que as estruturas da omissão imprópria e dos delitos de infração de dever se revelam um meio apto para superar as dificuldades na imputação de responsabilidades no âmbito das empresas⁶⁵⁷, pois da posição de garantia do direito penal geral derivam determinados deveres de atuar e de proteger que podem fundamentar uma omissão punível daqueles que ocupam altos cargos diretivos⁶⁵⁸.

Assim, por exemplo, aquele diretor que dispõe de dados suficientes para saber que a conduta de seus subordinados cria um risco juridicamente desaprovado é responsável pela omissão se não exerce as faculdades de controle que lhe correspondem sobre o subordinado para impedir o ato lesivo⁶⁵⁹.

Essa responsabilidade se torna ainda mais aparente naquelas empresas em que existe um programa de *compliance*, cujo objetivo é justamente detectar a prática de ilícitos e coibi-los. Se antes da *criminal compliance* os administradores somente eram responsáveis de impedir a comissão de fatos delitivos dos empregados quando conheciam ou tinham suspeitas, o aumento de suas funções de vigilância os obriga a garantir que a empresa possua uma organização que impeça a comissão de fatos delitivos em seu interior⁶⁶⁰. A existência do programa de *criminal compliance* incrementa o grau de responsabilidade.

Para os delitos de dever, a autoria do empresário estaria fundamentada na respectiva violação do dever que lhe incumbia⁶⁶¹. É um erro considerar que a responsabilização ocorreria por um fato de terceiro, uma vez que o profissional responde pela infração de um dever que era a ele incumbido⁶⁶², sendo cada um responsabilizado pela sua atuação⁶⁶³.

⁶⁵⁵ RUEDA MARTÍN, 2015, p. 17.

⁶⁵⁶ GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 63.

⁶⁵⁷ CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. **Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, jun. 2010. p. 9. Disponível em: <<http://ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20en%20el%20ambito%20de%20la%20empresa%20Cesano.pdf>> . Acesso em: 18 dez. 2015.

⁶⁵⁸ SIEBER, 2013, p. 83.

⁶⁵⁹ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 89.

⁶⁶⁰ NIETO MARTÍN, 2008, p. 10.

⁶⁶¹ GRECO; ASSIS, 2014, p. 117.

⁶⁶² GARCÍA CAVERO, 2006, p. 7.

⁶⁶³ TAVARES, 2012, p. 321.

Importante esclarecer⁶⁶⁴, por fim, que não se aplica, no âmbito da responsabilização analisada nesse trabalho, a teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin, segundo a qual autor é aquele que tem o domínio final do fato⁶⁶⁵, ao passo que a pessoa que contribui para o fato típico em caráter secundário caracteriza-se apenas como partícipe⁶⁶⁶.

Essa teoria tem como principal objetivo distinguir autor e partícipe para definir a forma pela qual o agente será punido⁶⁶⁷ e apenas tem aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos que distinguem as formas de participação, isto é, naqueles ordenamentos que contemplam a teoria diferenciadora⁶⁶⁸ e restringem o conceito de autor⁶⁶⁹.

Não é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, pois o art. 29 do Código Penal não estabelece a distinção entre autores e partícipes⁶⁷⁰. Ao adotar o sistema unitário⁶⁷¹, o Código Penal declara como autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime⁶⁷². O §1º do dispositivo citado até estabelece que há autores de menor importância, mas todos seriam autores⁶⁷³. A distinta contribuição de cada autor, quando houver, será analisada no momento da dosimetria da pena⁶⁷⁴.

Inclusive, Roxin⁶⁷⁵ esclarece que a concepção do direito unitário de autor torna a teoria do domínio do fato defasada e supérflua. O jurista ainda afasta a ideia

⁶⁶⁴ Optou-se por explicar que a presente teoria não se aplica aos crimes praticados no âmbito empresarial, seja no caso dos delitos comissivos ou omissivos, por saber que, não raras vezes, o aplicador da lei tem se valido desse instituto para responsabilização de empresários, administradores, diretores e, inclusive, do *compliance officer*, tal como ocorreu por ocasião do julgamento da Ação Penal 470 (vulgarmente conhecida como “Mensalão”), julgada pelo Supremo Tribunal Federal. (Cf. COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 220 e ss.) Como se pretende apenas explicar que a presente teoria não se aplica ao caso da responsabilização do *compliance officer* (e sequer ao ordenamento jurídico brasileiro), não será analisada pormenorizadamente.

⁶⁶⁵ ROXIN, 2000, p. 87-88.

⁶⁶⁶ GRECO; LEITE, 2014, p. 25.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 22.

⁶⁶⁸ ABANTO VÁSQUEZ, 2014, 3-4.

⁶⁶⁹ GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 66.

⁶⁷⁰ Em que pese a existência de autores que defendem a existência de um conceito diferenciador de autor e partícipe no Código Penal pátrio e, inclusive, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Penal 470, adota-se, no presente estudo, o posicionamento de Greco e Leite (op. cit., p. 20) de que o art. 29 do Código Penal “não distingue, no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas (...) declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime”. Leite (2014, p. 134) ainda corrobora esse seu posicionamento ao afirmar que “uma distinção entre autor e partícipe não é nem proscribida e nem obrigatoriamente comandada por nosso Código – tal seria o caso, se nossos dispositivos contivessem definições de autor e partícipe, como ocorre no CP alemão”.

⁶⁷¹ GRECO; LEITE, op. cit., p. 44.

⁶⁷² Ibid., p. 22. Segundo Cirino dos Santos (2008, p. 356), para a teoria unitária, “autor é quem produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo legal”.

⁶⁷³ GRECO; LEITE, op. cit., p. 22.

⁶⁷⁴ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 69-70.

⁶⁷⁵ ROXIN, op. cit., p. 489.

do domínio do fato nos casos de delitos de infração de dever⁶⁷⁶, uma vez que o omitente não é autor pelo seu eventual domínio do fato, mas sim pela quebra de seu dever de evitar o resultado⁶⁷⁷. Assim, se o autor nada faz, não tem como configurar o curso da ação. A responsabilização na classe dos delitos de infração do dever decorre do fato de deixar os acontecimentos seguirem seu curso⁶⁷⁸, não correspondendo o domínio do fato à possibilidade de evitar o resultado⁶⁷⁹.

Discute-se, ainda, a impossibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato à criminalidade empresarial por uma série de fatores⁶⁸⁰. Entretanto, essa temática não será discutida neste trabalho, tendo em vista que o Código Penal brasileiro por si só já afasta a aplicação da teoria e fornece o instrumental necessário para a responsabilização por meio do conceito extensivo de autor, contido no artigo 29 e através da estrutura dos crimes omissivos impróprios, nos termos do disposto no artigo 13, §2º⁶⁸¹.

4.2 ELEMENTOS PRÁTICOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER

Apesar de o artigo 13 do Código Penal estabelecer que são três as causas legais reconhecidas como suficientes para a imputação de um resultado a título de comissão por omissão⁶⁸², uma interpretação mais garantista do dispositivo irá também considerar aspectos materiais relativos à assunção da posição de garante. Se não se proceder dessa forma, incorre-se no risco de responsabilizar penalmente alguém pelo simples fato de ocupar uma posição de garantia.

A detenção do cargo de garante, segundo Montaner Fernández⁶⁸³, não corresponde, por si só, à existência de uma posição de garantia jurídica penalmente relevante que justifique a responsabilização penal. Para isso, deve existir um concreto

⁶⁷⁶ ROXIN, 2000, p. 388. Demetrio Crespo também afasta a aplicação da teoria nessa modalidade delitiva. Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. **Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, 2008. p. 3. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/posicion%20de%20garante.Demetrio%20Crespo.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

⁶⁷⁷ ROXIN, op. cit., p. 501.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 502.

⁶⁷⁹ Ibid., p. 503.

⁶⁸⁰ Cf. BACIGALUPO, 2011, p. 34-35; FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012. p. 29-30; GRECO; ASSIS, 2014, p. 102.

⁶⁸¹ GRECO; ASSIS, op. cit., p. 83-86.

⁶⁸² SCANDELARI, 2015, p. 167.

⁶⁸³ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 302-303.

dever de atuar, o que será possível conforme as circunstâncias em que o agente se encontrar⁶⁸⁴.

Na seara empresarial, o empresário é tido como detentor de uma posição de garantia originária na empresa em decorrência dos delitos cometidos por seus empregados⁶⁸⁵, assumindo um dever de vigilância para os acontecimentos na dimensão daquela pessoa jurídica⁶⁸⁶.

Ao se operar a delegação de determinadas atividades a outros profissionais, altera-se a posição de garantia⁶⁸⁷. A delegação e a aceitação por parte do delegante, como já explorado anteriormente, implica na modificação de competências e na criação de uma nova qualidade de garante na pessoa do delegado⁶⁸⁸.

A posição delegada de garante deve ser aceita pelo *compliance officer*⁶⁸⁹, o qual se constituirá em um auxiliar da administração e direção da empresa naquele respectivo campo de atuação⁶⁹⁰.

Fundamental para a delimitação dos deveres incumbidos a esse profissional é a formulação de um contrato⁶⁹¹ com o empresário, em que conste expressamente a classe de riscos que deverá ser controlada⁶⁹². No instrumento serão estabelecidos o âmbito da atuação, as funções a serem exercidas, os meios que serão disponibilizados para tanto etc. A propósito, afirma-se que a obrigatoriedade da delimitação das funções decorre da inadmissibilidade de uma função da garantia geral⁶⁹³.

Aliás, isso é importante porque a atuação do profissional e o âmbito de sua atuação irão variar conforme a empresa em que atue e de acordo com a própria estrutura do *compliance*, variando, assim, as atribuições, poderes e funções desenvolvidas⁶⁹⁴.

Porém, a mera existência formal do contrato não é suficientemente necessária para dar lugar à equivalência real entre ação e omissão⁶⁹⁵ que justifique a responsabilização penal por crimes comissivos por omissão. Apesar de o contrato ser

⁶⁸⁴ RUEDA MARTÍN, 2015, p. 14.

⁶⁸⁵ CESANO, 2010, p. 11.

⁶⁸⁶ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 128.

⁶⁸⁷ CESANO, op. cit., p. 19.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 20.

⁶⁸⁹ BENEDETTI, 2014, p. 89.

⁶⁹⁰ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 187.

⁶⁹¹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 303.

⁶⁹² ROBLES PLANAS, 2013, p. 326.

⁶⁹³ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 302.

⁶⁹⁴ COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 221.

⁶⁹⁵ MIR PUIG, 2012, p. 329.

elemento indispensável na apuração das responsabilidades, não é o único elemento a ser analisado⁶⁹⁶. É imprescindível a assunção fática da função de proteção para a equiparação jurídico-penal⁶⁹⁷.

Diante da comissão de delitos não prevenidos ou não detectados pelo responsável de desenvolver os deveres de controle, é necessário perguntar quais são as tarefas as quais sua posição lhe obrigava ao dever⁶⁹⁸.

A delegação para produzir efeitos na seara penal deve ser formal e materialmente completa, o que significa dizer que não basta a formal nomeação, mas impõe-se a outorga da cota de liberdade necessária para o exercício de tal função, com transferência de domínio, de discricionariedade e dos meios e recursos técnicos e humanos que permitam exercer adequadamente a função⁶⁹⁹. A imputação a título de comissão por omissão dependerá do conteúdo e do alcance do compromisso que efetivamente se tenha assumido⁷⁰⁰.

No tocante à extensão do dever de vigilância, deve compreender tão somente a prática de delitos relacionado à pessoa jurídica e que tenham íntima relação com a função exercida pelo funcionário, autor do delito comissivo, ou íntima relação com a atividade exercida pela empresa⁷⁰¹. Não se pode considerar violado o dever de vigilância quando o ato do subordinado não estava dentro do campo que o vigilante tinha o dever de controlar⁷⁰².

Para a responsabilização do *compliance officer*, como se observa, não basta a mera ocupação da posição de garantia, mas é essencial que se apure se o agente fez o que era possível e exigível para evitar a execução de um ato lesivo⁷⁰³, dentro do âmbito das funções concretamente assumidas e dos meios que dispunha para tanto.

Trata-se de determinar o caráter desaprovado de sua conduta e qual foi a sua aportação na execução do delito no caso concreto⁷⁰⁴, a ser analisada conforme o seu dever de vigilância nas respectivas fontes de perigo⁷⁰⁵.

⁶⁹⁶ STRATENWERTH, 2008, p. 463.

⁶⁹⁷ SCHÜNEMANN, 2013, p. 166.

⁶⁹⁸ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 173.

⁶⁹⁹ MEJIAS RODRÍGUES, Carlos Alberto. La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas. **Revista Cubana de Decereho**, Havana, n. 42, p. 48-74, jul./dez. 2013. p. 60-61.

⁷⁰⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, 2012, p. 21.

⁷⁰¹ GRECO; ASSIS, 2014, p. 114.

⁷⁰² SCANDELARI, 2015, p. 178.

⁷⁰³ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 128.

⁷⁰⁴ ROBLES PLANAS, 2013, p. 328.

⁷⁰⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Tradução de Adriano Galvão. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 14, p. 61-92,

Insta esclarecer que apenas se poderá cogitar da responsabilidade do oficial de cumprimento quando o delito for consumado⁷⁰⁶ ou, ao menos, sendo doloso o delito, que tenha se iniciado a sua execução, pois a infração do dever de vigilância não é punível por si mesma⁷⁰⁷, ante a natureza dos crimes omissivos impróprios. Portanto, a sanção da infração de deveres de vigilância está sujeita a uma classe de acessoriedade⁷⁰⁸.

Fica nítida, então, a adequação do conceito da comissão por omissão no caso do *compliance officer*, uma vez que essa categoria delitiva refere-se aos crimes consistentes em não evitar um resultado quando existia uma obrigação jurídica de evitá-lo⁷⁰⁹. Inclusive, essa forma de responsabilização é comumente aplicada aos órgãos diretores e à alta administração⁷¹⁰.

A capacidade aparece como uma das condições para se atribuir a responsabilidade ao vigilante, pois não se pode exigir o dever de impedir o resultado daquele que não pode agir⁷¹¹. Configura-se o dever de atuar quando o sujeito obrigado a atuar de determinada forma tem o domínio daquele âmbito para evitar a situação não desejada⁷¹². Caso contrário não será possível estabelecer a relação de causalidade entre a omissão e o resultado⁷¹³.

Deve-se ter cuidado para que a admissão da comissão por omissão na atuação do *compliance officer* não implique na sua responsabilização objetiva⁷¹⁴. Deve ser analisado o comportamento do *compliance officer* na medida em que o ordenamento jurídico permite fazê-lo⁷¹⁵, à luz de uma concepção que respeite os princípios constitucionais relativos à responsabilização penal.

A responsabilidade sempre deverá ser analisada conforme as características concretas da função, bem como a capacidade de agir naquele momento⁷¹⁶.

set/dez. 2013. p. 73. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/179-ARTIGOS>. Acesso em: 19 fev. 2015.

⁷⁰⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN Adán (Dir.) **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 272-303. p. 299/300.

⁷⁰⁷ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 90.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 90.

⁷⁰⁹ PEREYRA, 2011, p. 52.

⁷¹⁰ DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 4.

⁷¹¹ CARVALHO; ROSA, 2014.

⁷¹² RUEDA MARTÍN, 2015, p. 16.

⁷¹³ MIR PUIG, 2012, p. 336.

⁷¹⁴ PEREYRA, op. cit., p. 55.

⁷¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., p. 300.

⁷¹⁶ COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 224.

Sinteticamente, para a responsabilização deve haver uma conjunção de vários fatores: a aceitação expressa e formal dos deveres de proteção; o domínio consciente das variantes relacionadas à fonte de perigo; a possibilidade e a capacidade de controlar os riscos e impedir a consecução do delito.

A esses elementos, acrescenta-se a inexistência do dever desse profissional de evitar o resultado delitivo. O seu dever concreto é o de agir diante de um alto risco da realização de um resultado típico. Seu dever, portanto, é de meio, e não de fim⁷¹⁷. Nesse aspecto, a sua imputação apenas será possível quando for demonstrado que ele não tentou prever, evitar, controlar ou diminuir o risco.

Entendimento contrário, isto é, de que a sua obrigação seria a de impedir um resultado típico, ensejaria na sua punição pela mera ocorrência do resultado, o que contraria o princípio da responsabilidade subjetiva⁷¹⁸.

Com a pretensão de sistematizar o que já foi até então analisado acerca da possibilidade de responsabilização do *compliance officer* na normativa brasileira, apresentar-se-ão algumas hipóteses relacionadas à sua atuação para ilustrar – de modo não exaustivo – de que forma os instrumentais penais podem ser aplicados caso a caso, traçando critérios para facilitar a aplicação da lei penal.

Vale ressaltar, contudo, que não se pretende criar fórmulas gerais para a imputação penal do responsável pelo cumprimento, até porque tal fórmula seria incompatível com a sistemática penal. Aliás, mais do que não querer criar fórmulas, busca-se, com o presente estudo, afastar a possibilidade de aplicação da máxima de que o garante sempre será responsabilizado penalmente por fatos delitivos que deveria ter impedido.

4.2.1 Hipóteses relacionadas à atuação do *compliance officer*

4.2.1.1 Quando descumpre intencionalmente os seus deveres

Os deveres do *compliance officer*, como explicado, irão variar de acordo com o que for estabelecido em cada contrato e conforme o programa de cumprimento

⁷¹⁷ SCANDELARI, 2015, p. 194-195.

⁷¹⁸ Ibid., p. 193-194.

instaurado na empresa. Mas, de modo geral, os deveres circunscrevem-se à instauração do programa de modo eficaz, à sua regular supervisão, à detecção de ilícitos praticados pelos funcionários e à comunicação aos superiores acerca de eventuais irregularidades verificadas na empresa.

Assim, por exemplo, sempre que obtiver conhecimento de um delito que está sendo cometido ou que vá ocorrer por meio de uma denúncia ou por uma investigação interna e decidir não investigá-lo⁷¹⁹ ou não comunicar ao seu superior, estará descumprindo intencionalmente as suas obrigações e, portanto, poderá ser responsabilizado penalmente⁷²⁰.

Nesse sentido, Gómez-Aller⁷²¹ explica que o garante poderá ser responsabilizado quando a sua omissão determina que se tolere, possibilite ou favoreça a comissão presente ou futura de um delito. Nessa hipótese, a atuação ativa do profissional teria possibilidade de impedir a consumação de um delito que ainda não se consumou ou, no caso de uma continuidade delitiva, poderia interromper o curso causal⁷²². A omissão de uma investigação, apesar de consciente da existência de indícios de um delito, pode ser um modo doloso de ocultar ou não interromper uma conduta delitiva de terceiro⁷²³.

Por outro lado, se o garante descobrisse um delito já consumado e não investigasse ou o reportasse adequadamente, não se poderia, a princípio, cogitar da responsabilidade penal⁷²⁴. O essencial é que a conduta do *compliance officer* seja relevante para impedir o delito.

Outra forma de responsabilização que pode ser aqui elencada seria a ausência de transmissão adequada ao superior⁷²⁵, isto é, o repasse, intencional, de uma informação incompleta ou falsa. O descumprimento do dever, nesse caso, impede os superiores de analisarem corretamente a situação de perigo existente e quais as medidas necessárias a serem adotadas no caso. O profissional será responsável por determinar um erro invencível dos seus superiores, que acabam impedidos de atuar para evitar o delito⁷²⁶. O decisivo para admitir a autoria mediata do

⁷¹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2015, p. 301.

⁷²⁰ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 179-180.

⁷²¹ Ibid., p. 180.

⁷²² Ibid., p. 180.

⁷²³ Ibid., p. 183.

⁷²⁴ Ibid., p. 180.

⁷²⁵ ROBLES PLANAS, 2013, p. 329.

⁷²⁶ Ibid., p. 328.

compliance officer é de que, se tivesse cumprido com seu dever, teria nascido o dever da direção de impedir o fato⁷²⁷.

O não fazer, nesse caso, é intencional. O *compliance officer* descumpre o seu dever de informação, consciente do risco que isso implica⁷²⁸. Isso satisfaz o requisito da omissão imprópria, qual seja, a existência de uma intenção de não cumprir determinada ação, apesar da existência da obrigação que lhe obrigava a atuar positivamente⁷²⁹.

Destaca-se também a hipótese de que o *compliance officer* intencionalmente retarda a implementação de um determinado controle até que se conclua uma determinada operação econômica que se executará por meio de uma boa quantidade de pagamentos ilícitos⁷³⁰.

O dolo deve abranger o conhecimento do perigo de que poderá ser produzido um resultado típico⁷³¹ e as consequências dele decorrentes⁷³², bem como a possibilidade do agente de impedi-lo⁷³³. O garante, no caso, omite agir e está disposto a assumir o resultado como consequência de sua própria conduta, de modo que não emprega a energia necessária para a intervenção ativa⁷³⁴. Admite-se, inclusive, o dolo eventual⁷³⁵.

Não se descarta a suposição de que o garante não tenha a plena consciência do dever que lhe foi outorgado, o que poderia caracterizar eventual erro de proibição, mas isso deverá ser analisado no caso concreto⁷³⁶.

Além da caracterização dessas formas de atuação, pode ser citado o desconhecimento deliberado⁷³⁷, também denominado cegueira deliberada. Nessa hipótese, o garante provoca deliberada ou intencionalmente sua cegueira pra facilitar a sua omissão⁷³⁸, de modo que não conhece as práticas delitivas ocorridas no interior da empresa por decorrência da situação de ignorância em que se colocou.

⁷²⁷ ROBLES PLANAS, 2013, p. 328.

⁷²⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 311.

⁷²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. 1. p. 222.

⁷³⁰ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 178.

⁷³¹ STRATENWERTH, 2008, p. 484.

⁷³² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2015, jul. 2015. p. 19. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

⁷³³ STRATENWERTH, op. cit., p. 484.

⁷³⁴ Ibid., p. 483.

⁷³⁵ FRISTER, 2011, p. 452.

⁷³⁶ STRATENWERTH, op. cit., p. 483.

⁷³⁷ NIETO MARTÍN, 2008, p. 12-13.

⁷³⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, op. cit., p. 02-03.

O garantidor neutraliza suas motivações a favor do ordenamento jurídico para que seja mais fácil tomar sua decisão, preferindo não saber o que está acontecendo, por ser mais fácil suportar a incerteza acerca da existência de um fato delitivo do que a possibilidade de que ocorreu⁷³⁹.

Todavia, esses casos de cegueira deliberada, quando verificados, deverão ser analisados casuisticamente, não se podendo afirmar que o garante, quando assim agir, automaticamente poderá ser responsabilizado por fatos de terceiro.

De acordo com Feijóo Sánchez⁷⁴⁰, não é legítimo responsabilizar automaticamente todos os casos de cegueira provocada a título doloso, pois nem sempre a cegueira para manter-se em uma situação ambígua ou de incerteza equivale à cegueira ante o fato típico⁷⁴¹. Sánchez Rios e Antonietto⁷⁴² igualmente afirmam que não se pode aceitar acriticamente os resultados decorrentes da cegueira deliberada com base exclusiva no elemento normativo do “devia saber”.

Portanto, para a responsabilização do *compliance officer* por omissão imprópria na sua modalidade dolosa, deverão ser analisados quais foram os deveres efetivamente assumidos por ele, se o descumprimento intencional de suas obrigações não evitou um risco que estava dentre as esferas de sua competência e, principalmente, se a sua atuação seria eficiente para coibir aquele ilícito.

4.2.1.2 Quando é negligente

Essa hipótese estará configurada quando o garante tiver o conhecimento da situação, o conhecimento do dever positivo, ter possibilidade de atuar para prevenir o risco, porém desprezar o dever de cuidado⁷⁴³ necessário ao caso. O autor reconhece a situação de perigo e a sua possibilidade de intervir⁷⁴⁴, mas é relapso no cumprimento de suas obrigações.

O garantidor deixará de atuar por descuido ou por inobservância à regra de cuidado, violando o seu atuar positivo por negligência⁷⁴⁵ e, desse comportamento

⁷³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2015, p. 17.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 22.

⁷⁴¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, loc. cit.

⁷⁴² SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 352-353.

⁷⁴³ REALE JÚNIOR, 2004, p. 241.

⁷⁴⁴ STRATENWERTH, 2008, p. 530.

⁷⁴⁵ REALE JÚNIOR, op. cit., p. 241.

contrário ao dever, surgirá um risco desaprovado capaz de gerar um comportamento injusto⁷⁴⁶.

Nesses casos, para que se possa cogitar a responsabilização em comissão por omissão, deverá ser verificada se a falta de controle ou de contenção dos riscos equivale à criação de tais riscos para os bens jurídicos⁷⁴⁷.

De acordo com Demétrio Crespo⁷⁴⁸, os requisitos para responsabilizar o vigilante pelo seu atuar ingerente são os seguintes: (a) um comportamento prévio do garante contrário ao dever de proteção do bem jurídico; (b) a criação de um perigo para o bem jurídico pelo atuar precedente; (c) a existência de uma relação de infração do dever entre a vulneração da norma e o resultado.

Assim, não é suficiente a mera desaprovação jurídica do resultado de colocação em perigo, sendo essencial a existência de uma criação de um risco não permitido derivado de um comportamento injusto de terceiro⁷⁴⁹.

Na medida em que o descumprimento dos deveres assumidos pelo *compliance officer* possibilite, facilite ou suscite o comportamento delitivo alheio⁷⁵⁰, levando alguém a adotar uma decisão lesiva para bens jurídicos alheios, é possível falar de comissão por omissão, ainda que para isso concorram outros elementos⁷⁵¹.

Para a responsabilização exige-se a capacidade de o garante alcançar o valor protegido pela norma, sendo desnecessário o reconhecimento de que a situação é criminosa em sentido técnico. Com a percepção desse valor, preenche-se o requisito da potencial consciência da ilicitude⁷⁵².

Ademais, se o próprio *compliance officer* não cumpre com suas obrigações, violando seu próprio dever de cuidado, não pode, de acordo com o princípio da confiança, acreditar no comportamento adequado dos demais⁷⁵³.

Tem-se aqui uma clara situação de comissão por omissão a título culposo, em que o garante não quis que o fato típico se realizasse, mas o resultado lesivo foi produzido em decorrência da sua negligência em cumprir com o seu dever o

⁷⁴⁶ DEMETRIO CRESPO, 2013, p. 64.

⁷⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 198.

⁷⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, op. cit., p.64-65.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 64.

⁷⁵⁰ FRISCH, 2004, p. 375-376.

⁷⁵¹ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 174.

⁷⁵² SANTOS; GUARAGNI, 2015, p. 116.

⁷⁵³ CERVINI, Raúl. Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible. **Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, abr. 2012. p. 8. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/cervini%20imputacion.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

resultado⁷⁵⁴. É justamente nessa infração do dever de cuidado que reside o desvalor de ação⁷⁵⁵.

A punição por imprudência, todavia, apenas será possível quando houver uma cominação penal para a imprudência⁷⁵⁶. Se o delito não admitir essa forma de comissão, a omissão será impune⁷⁵⁷. É importante observar que, dos tipos penais típicos da atividade empresarial, poucos contemplam modalidades imprudentes imputáveis a pessoas físicas⁷⁵⁸.

Nessa possibilidade de responsabilização é importante que se atente às regras de imputação penal aos crimes culposos, não se admitindo que o responsável simplesmente seja punido pelo crime cometido por terceiro de forma automática por não ter cumprido com o seu dever de cuidado. O não cumprimento do seu dever poderá ensejar responsabilidades civis, decorrentes da violação do contrato⁷⁵⁹, por exemplo, mas na seara penal cada caso deverá ser analisado concretamente, a fim de evitar a responsabilização objetiva.

4.2.1.3 Quando não lhe são conferidos meios próprios para atuação

Pode ocorrer a hipótese de que o profissional, apesar de assumir contratualmente as funções de vigilância e proteção, não possua os meios materiais adequados para executar tais funções. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a alta administração não repassar as verbas financeiras necessárias, quando não puder contratar uma equipe de apoio, quando não for dotado da autonomia suficiente para atuar, quando não possuir acesso direto à alta administração, entre outros.

No entanto, como já visto, a existência da posição de garantia depende da relação material que se estabelece entre o sujeito e o bem jurídico, não bastando

⁷⁵⁴ BACIGALUPO, 1994, p. 98.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 98.

⁷⁵⁶ STRATENWERTH, 2008, p. 530.

⁷⁵⁷ BACIGALUPO, 2011, p. 102.

⁷⁵⁸ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 179.

⁷⁵⁹ De acordo com Tavares (2012, p. 326), é importante que sejam distinguidas a violação do dever de garante e a violação de cláusulas contratuais. A violação contratual pode ensejar a responsabilização por perdas e danos, mas não pode acarretar a responsabilização penal quando o agente não estava exercendo, de fato, a posição de garantidor.

apenas o dever formal⁷⁶⁰, de modo que a impraticabilidade de uma função de vigilância não permite a responsabilização⁷⁶¹ a título de comissão por omissão.

Não existindo os meios disponíveis para poder atuar⁷⁶², não é possível verificar uma real assunção da posição de garantia que fundamente a responsabilização penal⁷⁶³. Não é possível falar de uma vigilância quando não se confere possibilidades reais de acesso⁷⁶⁴. Para ser um efetivo garante, ele deve ter a capacidade de executar a ação no momento em que se omitiu⁷⁶⁵, o que se verifica quando possuir efetivo poder de controle sobre o resultado e sobre as fontes produtoras do perigo⁷⁶⁶.

Dois destaques merecem ser feitos nessa hipótese. O primeiro está relacionado ao dever do *compliance officer* de comunicar aos seus superiores sobre eventuais problemas que lhe impedem de cumprir adequadamente com suas tarefas⁷⁶⁷. Esse dever corresponde a uma de suas competências e lhe impõe, portanto, a obrigação de informar à alta administração os problemas existentes na *criminal compliance* a fim de que os superiores possam corrigi-los.

Nesse caso, se a comunicação não foi realizada, acredita-se que não é possível estabelecer, de imediato, a causalidade entre essa infração de dever e eventual ilícito praticado por terceiro. Pode-se cogitar aqui um descumprimento civil de suas obrigações, mas, para a caracterização da causalidade penal, a questão deverá ser analisada conforme as circunstâncias específicas que o caso apresente.

O segundo destaque está relacionado à possibilidade da existência de programa de *compliance* fictício, instaurado na empresa apenas para atender às exigências legais, em que, propositalmente, a alta administração não confere os meios necessários e adequados para a concreta atuação da *criminal compliance*. Pode ocorrer também que os diretores, de certo modo, impeçam a abertura de uma investigação por interesses pessoais⁷⁶⁸. Aqui, não há base suficiente, a princípio, para sustentar a responsabilidade penal de um profissional que é meramente “testa de ferro”⁷⁶⁹. Contudo, poderá vir a ser responsabilizado quando comprovada a sua participação na fraude.

⁷⁶⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 301.

⁷⁶¹ Ibid., p. 302.

⁷⁶² STRATENWERTH, 2008, p. 479.

⁷⁶³ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 306.

⁷⁶⁴ DEMETRIO CRESPO, 2013, p. 74.

⁷⁶⁵ FRISTER, 2011, p. 433.

⁷⁶⁶ TAVARES, 2012, p. 424.

⁷⁶⁷ MEJIAS RODRÍGUES, 2013, p. 59.

⁷⁶⁸ SCANDELARI, 2015, p. 191.

⁷⁶⁹ GARCÍA CAVERO, 2006, p. 9.

4.2.1.4 Quando são cometidos crimes que não guardam relação com a atividade empresarial

Os deveres de supervisão e vigilância do *compliance officer* relacionam-se ao controle de uma fonte preexistente e permanente de perigo relacionado à atividade exercida pela empresa⁷⁷⁰. Desse modo, o crime praticado pelo funcionário, para se cogitar da responsabilidade em comissão por omissão do vigilante, deve ser indissociável da atividade da própria empresa⁷⁷¹.

Como bem pontua Schünemann⁷⁷², “os limites do domínio demarcam sempre os limites da posição jurídico-penal do garantidor”.

Como exemplos, podem ser citados o caso de um funcionário do estabelecimento que utilize seu computador para acessar sites de pornografia infantil ou, ainda, o caso do funcionário que utiliza o telefone para aplicar golpes a pessoas que não têm qualquer relação com o estabelecimento.

Nesses casos, os ilícitos praticados não guardam qualquer relação com a atividade desenvolvida, a política ou as normas de conduta da empresa⁷⁷³ e não correspondem, portanto, a fontes de perigo que compõem o conteúdo do dever de garante⁷⁷⁴. A posição de garantia assumida não abrange de forma indistinta todas as fontes de perigo que, de uma ou outra forma, derivem daquela fonte⁷⁷⁵. Aliás, o próprio empresário apenas é garante com relação aos delitos relacionados à empresa como fonte de perigo em si mesma, e não com relação a todos os delitos que possam ser cometidos em seu interior⁷⁷⁶.

Aparenta ser mera causalidade o agente praticar a conduta criminosa no local de trabalho quando o fato não tem qualquer afinidade com a sua função exercida na empresa⁷⁷⁷.

Portanto, não é possível imputar o descumprimento de uma obrigação de vigilância quando a conduta delitiva não se encontra entre aquelas que estão sob o

⁷⁷⁰ SCANDELARI, 2015, p. 172.

⁷⁷¹ Ibid., p. 172.

⁷⁷² SCHÜNEMANN, 2013, p. 172.

⁷⁷³ GRECO; ASSIS, 2014, p. 115.

⁷⁷⁴ FRISCH, 2004, p. 374.

⁷⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 386.

⁷⁷⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2015, p. 278.

⁷⁷⁷ GRECO; ASSIS, op. cit., p. 114.

âmbito de vigilância do garantidor. Interpretação contrária corresponde à excessiva extensão da responsabilidade penal do vigilante⁷⁷⁸.

4.2.1.5 Quando o programa é eficiente e atua adequadamente

Outra hipótese que merece ser analisada é aquela em que a *criminal compliance* é adequadamente instaurado e funciona de forma eficaz, o *compliance officer* atua em total consonância ao seu dever de cuidado e em respeito a todas as regras existentes, mas, mesmo assim, ocorre um crime no interior da empresa.

Nesse caso, entende-se que não há qualquer omissão no cumprimento do dever de neutralizar os riscos por parte do garante, mas ocorre uma fatalidade, a qual não poderá ser a ele imputada.

Nesse aspecto, Rueda Martín⁷⁷⁹ esclarece que não é apenas a definição da posição de garante que determina a responsabilização, mas sim as circunstâncias específicas nas quais ocorre a lesão ao bem jurídico, de modo que, quando não houver uma conexão entre o dever de atuar e tais circunstâncias, a responsabilização do garante não é possível. Se for responsabilizado, estará sendo pela mera ocupação da posição que ocupa, o que não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico.

A limitação da responsabilidade, nesse caso, é operada por meio do princípio da culpabilidade⁷⁸⁰. Tal como preceitua a imputação objetiva, o agente apenas pode ser responsabilizado pelo ato ocorrido quando materializou o risco específico relevante para a norma de comportamento⁷⁸¹, o que não ocorre nas hipóteses em que o vigilante cumpriu com todos os seus deveres.

Cabe observar ainda que, como já analisado, a obrigação do *compliance officer* é de meio, e não de resultado⁷⁸².

⁷⁷⁸ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 82.

⁷⁷⁹ RUEDA MARTÍN, 2015, p. 11.

⁷⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 147-178. p. 163-164.

⁷⁸¹ FRISCH, 2004, p. 35.

⁷⁸² CERVINI, 2011, p. 11.

4.2.1.6 Quando comunica a alta administração, a qual opta por não atuar, ou nos casos de crimes praticados por órgão superior

Em geral, o dever do *compliance officer* está relacionado à detecção de condutas ilícitas por parte dos funcionários da empresa e de informar tal situação à alta administração, a qual deverá atuar para coibir o ilícito ou interrompê-lo. A obrigação do garante encerra-se, desse modo, quando informa o órgão interno responsável.

Entretanto, há casos em que a alta administração, apesar de conhecedora da situação de risco, deixa de agir e permite que o evento lesivo se realize.

Nessa situação, considerando que a obrigação do *compliance officer* se limita a comunicar a administração da empresa sobre atos praticados pelos subordinados, conclui-se que ele cumpriu com o seu dever e não poderá ser responsabilizado⁷⁸³.

A informação repassada pelo *compliance officer* incidirá nas faculdades de gestão da alta administração ou do empresário⁷⁸⁴.

Nesses casos, há um comportamento omissivo do superior que, descumprindo seus deveres de organização e vigilância, contribui para a realização de um delito pelo subordinado⁷⁸⁵. A responsabilidade será imputável tão somente à administração⁷⁸⁶ pela infração do seu dever de controlar aquela respectiva fonte de perigo⁷⁸⁷.

O garante, quando não lhe forem conferidas faculdades executivas, não tem o dever de efetivamente impedir a ocorrência de um resultado típico, eis que, frise-se, apenas tem a obrigação de comunicar. Cumprindo essa obrigação, seu dever estará encerrado⁷⁸⁸.

Com relação a atos de diretoria, esse profissional precisaria ter poderes de veto ou de impedimento de tais atos para assumir o papel de garante com relação a essa esfera da empresa⁷⁸⁹, o que dificilmente ocorre.

Há algumas estruturas em que o responsável pelo cumprimento tem o dever de reportar atos dos administradores diretamente aos diretores da matriz

⁷⁸³ COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 223.

⁷⁸⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 292.

⁷⁸⁵ BACIGALUPO, 2011, p. 24-25.

⁷⁸⁶ COSTA; ARAÚJO, op. cit., p. 223.

⁷⁸⁷ MEJIAS RODRÍGUES, 2013, p. 67.

⁷⁸⁸ SCANDELARI, 2015, p. 193.

⁷⁸⁹ COSTA; ARAÚJO, op. cit., p. 222.

estrangeira, podendo vetar ou suspender decisões desses profissionais. Nesse caso, ele assumiria uma responsabilidade contratual pela evitação de resultados praticados pelos seus superiores⁷⁹⁰ e poderia vir a ser responsabilizado por não evitar a conduta delitiva daquele membro da empresa⁷⁹¹.

Mas, se o *compliance officer* não tem poderes de administração ou de veto de ações da administração, não terá possibilidade de agir para evitar o resultado das ações dos diretores ou da presidência⁷⁹², pois sua zona de interferência, nessa hipótese, seria extrapolada⁷⁹³. A responsabilização pela desaprovação típica da conduta do superior hierárquico somente pode ocorrer quando a atividade do superior estava dentro do círculo de deveres do delegado⁷⁹⁴.

Podem ser também relacionados a essa hipótese aqueles casos de crimes praticados originalmente pela alta administração em que, apesar de ter conhecimento, o *compliance officer* não possui poderes para impedir. Aliás, se ele denunciar à própria administração atos criminosos dessa mesma administração, não terá idoneidade para evitar sua consecução e interromper o curso causal do delito para evitá-lo⁷⁹⁵.

A delimitação da atuação do *compliance officer* faz com que não exista o dever de impedir o que acontece em outras áreas, pois, “dentro de uma empresa, nem tudo é assunto de todos”⁷⁹⁶.

Assim, se o programa, na área em que incumbe ao garante, cumpre as suas finalidades, mas na parte relativa à alta administração não tem qualquer reflexo, não se verifica a possibilidade de responsabilização desse profissional.

Caso diverso será aquele em que o *compliance officer*, de algum modo, facilita a perpetração de crimes pela alta administração. Aqui, poderá ser cogitada, desde que satisfeitos os requisitos para a imputação penal, a sua responsabilização.

Convém esclarecer, ainda, que esse profissional não tem o dever de comunicar possíveis crimes às autoridades públicas, já que inexistente no direito brasileiro a imposição ao particular da comunicação de crime, constituindo-se mera faculdade⁷⁹⁷. Assim, a omissão do *compliance officer* de denunciar às autoridades carece de relevância penal específica⁷⁹⁸.

⁷⁹⁰ COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 222.

⁷⁹¹ ROBLES PLANAS, 2013, p. 328.

⁷⁹² COSTA; ARAÚJO, op. cit., p. 223.

⁷⁹³ Ibid., p. 222.

⁷⁹⁴ ROBLES PLANAS, 2012, p. 14.

⁷⁹⁵ COSTA; ARAÚJO, op. cit., p. 223.

⁷⁹⁶ FEIJÓO SANCHEZ, 2012, p. 36.

⁷⁹⁷ COSTA; ARAÚJO, op. cit., p. 224.

⁷⁹⁸ GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 184.

4.3 REFLEXOS DA *CRIMINAL COMPLIANCE* NA DIVISÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

Quando ocorre um crime no marco de uma estrutura empresarial complexa, diversas dificuldades surgem para a determinação da responsabilidade penal⁷⁹⁹, principalmente na organização empresarial moderna marcada pela descentralização⁸⁰⁰, em que atividades de direção, de disponibilidade de informação e de decisão são desmembradas⁸⁰¹.

Com a divisão do trabalho, as atuações de cada um dos membros da empresa são vistas como atos parciais que formam parte de um todo comum⁸⁰². Por isso, um fato pode ser consequência de uma pluralidade de ações realizadas por vários indivíduos⁸⁰³, sendo difícil determinar qual foi a contribuição específica de cada um para a consumação do ilícito.

Disso decorre uma dificuldade probatória que acaba por ensejar a possibilidade de responsabilização dos gestores das atividades empresariais por condutas delitivas não necessariamente praticadas por eles ante os anseios punitivos da sociedade⁸⁰⁴, sob o argumento de que o gestor é garante daquela determinada fonte de perigo⁸⁰⁵.

Destaque-se que, formalmente, o empresário possui responsabilidade sobre todas as atividades desempenhadas na sua empresa. No entanto, materialmente, não existe a possibilidade de exercer essa competência, já que nem sempre possui um controle material sobre os meios, instrumentos e pessoas que convivem em sua empresa. O fundamento da imputação de responsabilidade penal do empresário é encontrado na assunção de um específico compromisso individual de controle ou de contenção de riscos determinados provenientes dos objetos ou das pessoas sujeitas a sua supervisão, relacionados às atividades próprias da empresa⁸⁰⁶.

A *criminal compliance*, nesse cenário, além de possibilitar o controle dos riscos da atividade empresarial, é um instrumento de transferência de

⁷⁹⁹ LEITE, 2014, p. 148.

⁸⁰⁰ SCHÜNEMANN, 1988, p. 533.

⁸⁰¹ FEIJÓO SANCHEZ, 2012, p. 28.

⁸⁰² MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 37.

⁸⁰³ FEIJÓO SANCHEZ, op. cit., p. 28.

⁸⁰⁴ BENEDETTI, 2014, p. 91.

⁸⁰⁵ DEMETRIO CRESPO, 2013, p. 64.

⁸⁰⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 117.

responsabilidade penal que permite a individualização da conduta dos envolvidos⁸⁰⁷. A constituição de uma nova posição de garantia na pessoa do delegado (no caso, na pessoa do *compliance officer*), tem como reflexo certa exoneração de responsabilidade em favor do delegante⁸⁰⁸. A exoneração não é absoluta em decorrência dos deveres residuais de controle, supervisão e vigilância que ainda permanecem com o empresário⁸⁰⁹ com relação à atuação do delegado. Assim, quando o delegado falhar, o delegante poderá, conforme o caso, ser responsabilizado penalmente por omissão por não vigiar ou corrigir o delegado⁸¹⁰. Também é absoluta em virtude de que o dever último de efetivamente impedir ou de atuar para sancionar o ilícito praticado por terceiro é do empresário.

Com a criação de novas posições de deveres, surgem novas obrigações, cuja infração poderá ensejar a responsabilidade penal⁸¹¹.

Por essa razão, Rotsch⁸¹² afirma que o objetivo da *criminal compliance* na maioria dos casos é a evitação da responsabilidade por meio do traslado da responsabilidade que afetaria penalmente a outros sujeitos.

Em virtude de um novo desenho de divisão de competências que se instaura é imprescindível que o âmbito de competência formal e material de cada participante na atividade da empresa esteja devidamente demarcado, pois esse âmbito será o parâmetro de referência para a desvalorização jurídico-penal do comportamento de cada indivíduo com relação ao fato típico⁸¹³. De um modo geral, as práticas de governança corporativa visam implementar mecanismos eficientes de identificação de autores de fatos criminalmente puníveis⁸¹⁴.

Os programas de *compliance*, desse modo, podem ter efeitos limitadores da responsabilidade daqueles que desempenham funções de controle⁸¹⁵.

Porém, ao invés de evitar a responsabilização criminal, a *criminal compliance* delimita a responsabilidade de cada indivíduo dentro da empresa, estabelecendo o âmbito de atuação e os deveres inerentes a cada cargo ocupado na pessoa jurídica. A esse aspecto, Saavedra⁸¹⁶ esclarece que

⁸⁰⁷ BENEDETTI, 2014, p. 92.

⁸⁰⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 99.

⁸⁰⁹ CESANO, 2010, p. 21.

⁸¹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2015, p. 7.

⁸¹¹ SILVA SANCHEZ, 2013, p. 103.

⁸¹² ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 1/2012, jan. 2012. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260786/347968>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁸¹³ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 30.

⁸¹⁴ SCANDELARI, 2015, p. 168.

⁸¹⁵ SIEBER, 2013, p. 92.

⁸¹⁶ SAAVEDRA, 2011.

O objetivo do *compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos, pretende-se prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, se forme uma cadeia de responsabilização penal. Isso porque as atribuições que têm sido conferidas aos *compliance officers* acabam por colocá-los na posição de garantidores (respondem, portanto, como se tivessem agido positivamente nas situações em que venham a se omitir). Mais: podem ser considerados garantes também os integrantes do conselho de administração, pois, segundo doutrina majoritária, eles têm o dever de supervisão dos *compliance officers*. Evidencia-se, assim, que toda a administração da empresa é exposta ao risco de uma persecução criminal.

Ante essa constatação, afirma-se que o *compliance* chega a ser paradoxal⁸¹⁷, pois, ao pretender prevenir a responsabilização penal, possibilita que se forme uma cadeia de responsabilização legal, já que a alta administração pode ser considerada garante do trabalho desenvolvido pelo *compliance officer*. A atribuição da responsabilidade, no marco da *criminal compliance*, poderá ocorrer quando a atuação do garante não impedir condutas criminosas de seus vigiados⁸¹⁸.

A *criminal compliance*, com isso, demonstra sua feição preventiva no que diz respeito ao controle de riscos e na antecipação da responsabilidade jurídico-penal de determinadas condutas⁸¹⁹.

A posição que cada um dentro da empresa ocupa corresponde à limitação da área de competência e de responsabilidade que deve ser levada em consideração⁸²⁰, de modo que, se várias pessoas controlam um risco em regime de divisão de tarefas e são corresponsáveis pelo ilícito, serão responsabilizadas pelo fato típico conforme o descumprimento de sua tarefa⁸²¹.

Os deveres que obrigavam a sua atuação, contudo, serão objeto de análise no caso concreto, pois não há uma uniformidade da figura do *compliance officer* que permita traçar uma regra para a sua responsabilidade pela não evitação de delitos⁸²². Os deveres de garante conferidos a esse profissional irão variar conforme a empresa em que atua e de acordo com a extensão da sua omissão.

Questão que deve ser analisada no caso concreto também está relacionado à eventual “função de bode expiatório”, exercida por esse profissional com o objetivo de simplesmente eximir a responsabilidade de seus superiores⁸²³.

⁸¹⁷ BENEDETTI, 2014, p. 82.

⁸¹⁸ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 127-128.

⁸¹⁹ SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 358.

⁸²⁰ FEIJÓO SANCHEZ, 2012, p. 31.

⁸²¹ Ibid., p. 53.

⁸²² GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 169.

⁸²³ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 144.

Por isso é importante que a responsabilidade penal não decorra da mera ostentação de uma posição jurídica, mas sim da conduta pessoal⁸²⁴, sempre imprescindível à análise da culpabilidade do agente⁸²⁵.

A propósito, Leite⁸²⁶ observa que nem a redação ampla do art. 29, *caput*, do Código Penal, autorizaria uma responsabilidade penal pela mera posição que se ocupa, tendo em vista que ocupar determinado cargo não corresponde automaticamente a contribuir causalmente para um delito, como exige o art. 13 do mesmo estatuto jurídico.

A responsabilidade, ainda que no marco de delitos ocorridos em uma empresa privada ou pública, deve atender à determinação da responsabilidade penal individual, vedando-se a responsabilização objetiva⁸²⁷. O automatismo em punir o empresário ou o garante como principal responsável não é a solução para os problemas dessa moderna criminalidade⁸²⁸.

Por mais difícil que seja a questão probatória na criminalidade empresarial⁸²⁹, não pode ser impedimento para a busca da responsabilidade jurídico-penal individual de cada sujeito que intervenha no delito⁸³⁰.

A dogmática penal, para dar conta de abarcar essa criminalidade, deve se adaptar à organização empresarial moderna⁸³¹, por ser o instrumento adequado para resolver legitimamente os problemas de imputação penal, sem causar gravames aos direitos das pessoas envolvidas⁸³². A responsabilização deve considerar as esferas de responsabilidade de cada um, bem como o fato de que se tratam de sujeitos responsáveis⁸³³.

Nesse aspecto, o princípio da autorresponsabilidade⁸³⁴ determina que quem domina a própria ação sempre será autor⁸³⁵, sendo que a autoria, no caso, é

⁸²⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 109-135. p. 125.

⁸²⁵ Ibid., p. 135.

⁸²⁶ LEITE, 2014, p. 151.

⁸²⁷ CERVINI, 2012, p. 2.

⁸²⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 361.

⁸²⁹ SCHÜNEMANN, 1991, p. 165.

⁸³⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 38.

⁸³¹ FEIJÓO SANCHEZ, 2012, p. 27-28.

⁸³² CERVINI, 2012, p. 19.

⁸³³ DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 4.

⁸³⁴ Acerca desse princípio, Tavares (2012, p. 340) explica que “é próprio do Estado de Direito, não paternalista, que confere à pessoa o atributo de cidadania e dignidade (art. 1º, II e IV, CF), e, por extensão dessa cidadania e de sua participação social, sua autodeterminação (art. 4º, III, CF)”.

⁸³⁵ GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 57.

elemento de prova, e não de ficção ou de presunção⁸³⁶. Assim, o agente não pode ser punido quando a ação consequente for de inteira responsabilidade do executor⁸³⁷.

Conforme esse princípio, para a configuração da omissão, será necessário que o próprio âmbito de atuação se configure de tal modo que implique que terceiros autorresponsáveis se conectem na comissão do delito⁸³⁸. Os garantes, na hipótese, não responderão pelas ações dos outros, mas sim pela sua própria omissão antijurídica e culpável⁸³⁹, decorrente da infração de seus deveres. O princípio, portanto, não nega a responsabilização dos garantes⁸⁴⁰, mas impõe a exigência de que a conduta do sujeito esteja associada causalmente a um resultado e lhe seja atribuível⁸⁴¹. Com isso, o fato deve ser explicado em decorrência da criação do risco e da imputação do resultado por seu comportamento infrator⁸⁴².

É fundamental que sejam estabelecidas as competências de cada um na atividade e qual foi a sua efetiva aportação na realização do ilícito⁸⁴³. Constatando-se que a conduta de vários intervenientes está desaprovada com relação a um mesmo fato delitivo, tem-se que o ilícito pertence a todos⁸⁴⁴, conforme seu próprio âmbito de responsabilidade⁸⁴⁵.

Para a responsabilização penal, portanto, é fundamental a demonstração da culpabilidade⁸⁴⁶, que corresponde ao elemento subjetivo ou psicológico do delito, segundo a qual nenhum comportamento humano pode ser valorado como ação ou omissão se não for fruto de uma decisão. Assim, se tal comportamento não for realizado com consciência e vontade por uma pessoa com capacidade para compreender e querer, não poderá ser castigado⁸⁴⁷. O agente deve ter a possibilidade de reconhecer a existência de um dever estabelecido e de conduzir-se conforme uma decisão responsável⁸⁴⁸.

O sujeito, portanto, deve ter agido (ou deixado de agir) com a consciência da injuridicidade ou ilicitude jurídica da própria conduta ou a inescusável inadvertência

⁸³⁶ ROXIN, 2000, p. 390.

⁸³⁷ TAVARES, 2012, p. 340.

⁸³⁸ ROBLES PLANAS, 2012, p. 10.

⁸³⁹ BACIGALUPO, 2011, p. 41.

⁸⁴⁰ GRECO; ASSIS, 2014, p. 114.

⁸⁴¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 100.

⁸⁴² MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 180.

⁸⁴³ Ibid., p. 361.

⁸⁴⁴ ROBLES PLANAS, op. cit., p. 3.

⁸⁴⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 73.

⁸⁴⁶ BATISTA, op. cit., 100-101.

⁸⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 447.

⁸⁴⁸ STRATENWERTH, 2008, p. 136.

quanto ao advento do resultado antijurídico⁸⁴⁹, sendo censurado por não ter obedecido a norma, quando lhe era possível e exigível que se comportasse de acordo com ela⁸⁵⁰. Nesse cenário, a culpabilidade desqualifica a responsabilidade objetiva⁸⁵¹, de modo que a conduta típica será objetivamente imputável ao comportamento realizado que gerou um risco desaprovado, que se concretizou no resultado⁸⁵².

Logo, para a responsabilização do diretor, do administrador, do *compliance officer* e do funcionário é necessário comprovar em cada caso o grau de intervenção, a intensidade da direção da conduta e o conhecimento de cada um dos envolvidos. E, para a responsabilização omissiva, não basta a mera detenção de uma posição⁸⁵³, mas sim o dever de evitar determinados resultados, bem como o poder de agir, como ensinam Greco e Assis⁸⁵⁴.

Noutras palavras, o agente deve ter a *possibilidade físico-individual* de realizar a ação esperada. Tal elemento compõe o próprio conceito de omissão. Além disso, é necessário que a omissão tenha sido *causa*, isto é, *conditio sine qua non*, do resultado, como explicita o próprio art. 13, *caput*, CP; e que ela tenha sido *dolosa ou culposa*.

Devem ser responsabilizados penalmente apenas os efetivamente envolvidos na prática delitiva e de acordo com as aporções materiais de cada sujeito individualmente considerado⁸⁵⁵. Eventual punição de um indivíduo que não tenha consciência da prática do ilícito não irá dissuadir a empresa como um todo dos atos ilícitos que venha a praticar⁸⁵⁶, além de corresponder a aplicações punitivas a pessoas diversas dos agentes diretos da infração⁸⁵⁷.

Nesse sentido, a *criminal compliance*, ao estender ou limitar os espaços de cada um⁸⁵⁸, possibilita o respeito a determinados princípios, tais como a vedação da responsabilidade penal objetiva e o respeito à dignidade da pessoa humana⁸⁵⁹.

⁸⁴⁹ HUNGRIA, 1953, p. 22.

⁸⁵⁰ BIERRENBACH, 2014, p. 94.

⁸⁵¹ FERRAJOLI, 2014, p. 451.

⁸⁵² LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2015, p. 277.

⁸⁵³ A punição pela mera detenção de uma posição corresponde ao direito penal de autor, no qual o Estado relega a um segundo plano a realização de condutas humanas, e exalta o indivíduo como fonte de preocupação a ser combatida. Cf. GUARAGNI, 2005, p. 312.

⁸⁵⁴ GRECO; ASSIS, 2014, p. 109.

⁸⁵⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, 2012, p. 17.

⁸⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 275-288. p. 284.

⁸⁵⁷ Ibid., p. 282.

⁸⁵⁸ SIEBER, 2013, p. 89.

⁸⁵⁹ BENEDETTI, 2014, p. 51.

Especificamente com relação à Lei de Lavagem de Dinheiro, à Lei Anticorrupção Empresarial e à Lei de Licitações, cumpre esclarecer que a punibilidade por eventuais ilícitos previstos nesses instrumentos em nada difere da punibilidade de outros crimes.

Desse modo, sempre que o *compliance officer* descumprir os deveres determinados pela Lei nº 9.613/1998, poderá se sujeitar à responsabilização administrativa e penal se em decorrência da infração do seu dever for produzido o resultado danoso⁸⁶⁰.

As modalidades delitivas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro são comissivas, mas os crimes ativos de resultado podem ser praticados por omissão imprópria, quando o agente tiver o dever de impedir o resultado, capacidade de fazê-lo e, mesmo assim, não evitar sua ocorrência⁸⁶¹. Assim, quando imposto a determinado profissional o dever de evitar atos de lavagem de dinheiro, é sua obrigação atuar de modo a impedir o resultado, sob pena de ser responsabilizado pelo crime quando presentes os demais requisitos necessários⁸⁶².

De acordo com Badaró e Bottini⁸⁶³, é fundamental para a responsabilidade por omissão que o agente tenha ciência do contexto da lavagem, conheça seu dever de garante e possua instrumentos para interromper o processo.

Não é suficiente para a responsabilização, no entanto, o mero descumprimento de qualquer das normas administrativas previstas na Lei⁸⁶⁴.

O mesmo se diga com relação ao descumprimento do dever que enseje alguma das condutas recriminadas pela Lei 12.846/2013, em que o *compliance officer* será responsabilizado penalmente conforme os crimes correspondentes previstos na Lei 8.666/1993.

Com relação à Lei Anticorrupção Empresarial, vale ressaltar que deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado lesivo⁸⁶⁵ e, desse modo, não são aptos a justificar a responsabilização penal a título de omissão imprópria.

Ainda, nenhuma das leis que estabelecem os programas de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro criou um dever específico para o *compliance officer* de

⁸⁶⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 269.

⁸⁶¹ BADARÓ, BOTTINI, 2013, p. 149.

⁸⁶² Ibid., p. 150.

⁸⁶³ Ibid., p. 152.

⁸⁶⁴ BADARÓ, BOTTINI, loc. cit.

⁸⁶⁵ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 90.

evitar resultados criminosos no ambiente corporativo⁸⁶⁶. Portanto, o mero descumprimento do dever ou a ocorrência de um crime não ensejará a punição desse profissional.

Todavia, Demétrio Crespo⁸⁶⁷ ressalta a possibilidade de criação de um delito de omissão própria agravada, que esteja relacionado a específica função de controle assumida. Do mesmo modo, Martínez-Buján Pérez⁸⁶⁸ também propõe a criação de delitos de omissão pura de garante, que se refere à criação de delitos sobre a base de deveres específicos assinalados na especial posição ocupada pelo sujeito no seio da empresa, como, por exemplo, delitos que estabeleçam certos deveres de informação aos diretores⁸⁶⁹.

Sobre esse aspecto, acredita-se ser temerária a criação de um tipo específico de dever ao *compliance officer* em decorrência da possibilidade de se operar, nesse caso, a responsabilização objetiva, vindo o profissional sempre a ser responsabilizado quando um crime ocorresse na empresa, sem que se analisassem adequadamente os requisitos para a imputação penal. Além do mais, acredita-se que eventual tipo próprio alargaria a responsabilização, pois, além do crime de infração do dever, o *compliance officer* pode figurar também como um coautor, por sua omissão, no delito comissivo. Nesse caso, há o risco de também ser penalizado duas vezes pela mesma conduta.

Nesse ponto, concorda-se com Silveira e Saad-Diniz⁸⁷⁰ quando afirmam que a opção mais segura nos casos de *criminal compliance* é a imputação mediante uma conduta omissiva. A dogmática penal, quando aplicada adequadamente pelo intérprete, parece ser suficiente para a resolução da problemática.

⁸⁶⁶ GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 90.

⁸⁶⁷ DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 16.

⁸⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 314.

⁸⁶⁹ No mesmo sentido: GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 91; BENEDETTI, 2014, p. 128. Benedetti ainda propõe a criação de uma lei específica que contemple de modo mais geral a *criminal compliance* nas corporações.

⁸⁷⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 140.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O processo de globalização, caracterizado pela intensificação das relações sociais mundiais e pelo rompimento de barreiras geográficas, intensificou-se nas últimas décadas do século XX, acentuando determinadas características do sistema de produção capitalista, como a sobreposição dos interesses corporativos e individuais aos interesses coletivos e sociais. As empresas, nesse contexto, internacionalizam-se e tornam-se cada vez mais poderosas, assumindo importante papel de condutoras da economia, das instituições e da ordem mundial.

2. Esse cenário favorece o aumento da delinquência econômica empresarial, já que fatores como a abertura das economias, a redução das distâncias e os avanços tecnológicos se tornam instrumentos para a prática de crimes. Essa criminalidade de natureza econômica é comumente praticada por agentes de classes sociais elevadas e, em geral, ocasionam grandes perdas econômicas para as empresas e para a sociedade.

3. Aliado ao fator contextual, há ainda uma série de elementos capazes de caracterizar a empresa como um ambiente propício para o cometimento de crimes, podendo-se afirmar que é um ambiente criminógeno, conforme estudos teóricos específicos. Não se alega, com isso, que em todas as empresas serão praticados ilícitos, mas, sim, que o ambiente é favorável para tanto e que há uma grande probabilidade de que crimes venham a ser praticados em seu interior com a utilização dos instrumentos próprios ao desenvolvimento da atividade empresarial.

4. O ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com diversos instrumentos internacionais, contém uma série de tipos penais que tutelam bens jurídicos relacionados ao exercício da atividade empresarial e à ordem econômica em geral, sendo que os crimes relacionados à licitação, bem como os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro destacam-se por produzir consequências financeiras, sociais e morais nefastas à sociedade. Essas implicações, dado o cenário global, repercutem para além da fronteira nacional em que o crime foi cometido (isso quando não é praticado em mais de um país), ensejando a necessidade de combate e prevenção a essa criminalidade.

5. O Estado, entretanto, não possui capacidade para exercer isoladamente essas funções de prevenção e repressão, dada a sofisticação dos instrumentos utilizados para o crime, a dificuldade de estabelecer responsabilidades penais no

marco empresarial e o fato de que muitos crimes são praticados em mais de um país, o que enseja a necessidade de colaboração do particular nessa atividade.

Por meio da autorregulação regulada, o Estado recorre às empresas para que colaborem no cumprimento das leis, estabelecendo regras e impondo a adoção de comportamentos aos atores do mundo empresarial. Assim, agentes particulares e agentes do poder público passam a atuar conjuntamente com o objetivo de combate à criminalidade.

6. O *compliance*, portanto, aparece nesse contexto como uma alternativa de gestão da atividade empresarial voltada ao cumprimento do Direito, e de valores e princípios éticos.

7. Aspecto fundamental do *compliance* e da autorregulação regulada é que se revelam muito efetivos em virtude de permitirem uma liberdade de atuação na utilização do ordenamento jurídico e das ferramentas disponíveis, possibilitando que a empresa molde sua atuação de acordo com a sua estrutura. Desde que respeitado o marco legal previsto, há uma margem de discricionariedade na atuação dos gestores que se apresenta como essencial para o bom desenvolvimento do programa. Essa atuação modelada é mais vantajosa e efetiva que as regulações estatais gerais no marco de uma economia empresarial global e especializada.

8. O *compliance* corresponde a uma adaptação da política criminal ao cenário econômico-financeiro globalizado em que, apesar de modificada, a atuação estatal ainda permanece ativa.

9. Os objetivos da *criminal compliance* consistem em alcançar um nível de estrutura de fidelidade ao Direito para evitar riscos de responsabilidade penal, controlar os riscos inerentes daquela determinada atividade e, por consequência, minimizar os riscos da ocorrência de atividades delitivas atreladas à atividade empresarial.

10. Não é possível traçar um modelo padrão de *compliance* que se adapte de forma universal a todas as companhias, pois a estrutura, a atividade desenvolvida, a dimensão e os próprios riscos variam de empresa para empresa. Inclusive, as próprias empresas do mesmo grupo econômico podem variar conforme o cenário em que estão inseridas. No entanto, é possível elencar algumas características gerais que um efetivo programa de *criminal compliance* deve conter, ainda que a intensidade de tais elementos varie conforme o estabelecimento.

11. O *compliance officer* é a pessoa com as aptidões técnicas necessárias responsável por avaliar os riscos, coordenar o programa de *criminal compliance* e

corrigi-lo quando constatar eventuais falhas. O profissional é responsável por desenvolver e manter as políticas e os procedimentos internos de controle e de gestão de riscos da empresa, recebendo esses poderes por delegação do empresário ou da alta administração.

Por meio da delegação, o empresário transfere parte de suas competências e responsabilidades iniciais, outorgando-as ao *compliance officer*, ocorrendo uma verdadeira transformação das esferas de responsabilidade individual e de posições de garantia. Com isso, os deveres do empresário se tornam residuais e consistem basicamente na coordenação e vigilância da atuação do delegado. O *compliance officer* assume a posição de garante secundário da evitação de delitos no âmbito empresarial. Essa posição surge, portanto, de uma livre aceitação da posição de garante, sendo fundamental que suas obrigações sejam previamente descritas.

12. A instauração da *criminal compliance* propicia o estabelecimento do princípio da confiança nas relações que se estabelecem no marco do programa, confiando-se na internalização dos parâmetros éticos, legais e institucionais pelos colaboradores daquela atividade. Porém, o princípio da confiança não exime o *compliance officer* do cumprimento de suas funções de supervisionar e controlar a atividade do outro.

13. Ao *compliance officer* são atribuídos basicamente dois deveres: o dever de obter todo o conhecimento acerca do cumprimento das normas por parte das pessoas sujeitas à sua supervisão e o dever de informar aos seus superiores no caso de constatação de alguma irregularidade.

14. Através da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção Empresarial são estabelecidos mecanismos de prevenção às condutas típicas descritas nas leis e são fixadas determinadas obrigações às pessoas jurídicas, visualizando-se em ambos os instrumentos a autorregulação regulada. Nesse cenário, a *criminal compliance* apresenta-se como um instrumento adequado ao cumprimento da legislação e o *compliance officer* surge com determinada relevância ao exercício da atividade empresarial.

15. A responsabilização penal do *compliance officer* por crimes não evitados no âmbito da vigência de um programa de *criminal compliance* encontra amparo jurídico no art. 13, §2º do Código Penal brasileiro, através da estrutura dos crimes omissivos impróprios. Para a imputação penal não basta a mera assunção formal da posição de garantia, mas é primordial que a posição de garantidor seja materialmente assumida, o que será verificado quando o profissional aceitar formal e

expressamente os deveres que lhe são incumbidos, quando for dotado da autonomia e hierarquia necessária para as suas atividades e quando possuir os recursos técnicos, físicos e financeiros para tanto.

Ante a inexistência de um programa padrão de *criminal compliance*, não é possível definir com exatidão as tarefas a serem desenvolvidas por esse sujeito, as quais irão variar de acordo com a empresa em que atue.

16. Para a análise da imputação penal de crimes não evitados ao *compliance officer* na qualidade de garantidor, o fundamento não pode ser apenas a mera ostentação de uma posição jurídica, mas deve estar baseado na conduta pessoal naquela situação específica. É fundamental para a responsabilização que a culpabilidade do agente seja analisada caso a caso, afastando-se a responsabilização objetiva.

Aliás, o art. 29, *caput*, e o art. 13, §2º, ambos do Código Penal, não autorizam uma responsabilidade penal pela mera posição que se ocupa por não corresponder a contribuição causal para um delito, condição necessária pela teoria da imputação objetiva. A responsabilização penal restringe-se apenas aos efetivamente envolvidos na prática delitiva e varia conforme as aporções materiais de cada sujeito individualmente considerado.

17. A *criminal compliance* delimita a responsabilidade de cada um dentro da empresa, estabelecendo o âmbito de atuação e os deveres inerentes a cada cargo ocupado na corporação, formando uma cadeia de responsabilização legal, já que a alta administração é considerada garante do trabalho desenvolvido pelo *compliance officer* e é quem possui o poder de evitar ou de sancionar o delito praticado por um funcionário ou colaborador.

18. A criação de um tipo específico para responsabilizar o garante pelo não cumprimento de seus deveres pode vir a ensejar a responsabilização do *compliance officer* sempre que um crime ocorrer na empresa sem a adequada análise dos requisitos da imputação penal. Além disso, esse tipo pode vir a alargar a responsabilização, pois, além do crime de infração do dever, o *compliance officer* pode figurar também como um coautor, por sua omissão, no delito comissivo.

19. A resposta para a possibilidade ou não de imputação penal do *compliance officer* pode ser encontrada na própria dogmática penal, por meio da conduta omissiva imprópria e do adequado exame de seus componentes, sendo desnecessária a criação de um tipo penal específico próprio.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. **Revista Penal**, Cidade Real, n. 14, p. 3-23, jul. 2014. Disponível em: <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/abanto%20vasquez.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa: A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP) . **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. O protagonismo do Ministério Público no Estado de Direito: a cidadania contra a corrupção. In: ALBUQUERQUE, Mário Pimentel; MEDEIROS, Humberto Jacques de; BARBOZA, Márcia Noll (Org.). **O papel do Ministério Público no combate à corrupção**. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, p. 12 – 50.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012, p. 81-98.

ALVES, Alaor Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009, p. 173-180.

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

_____. **Principios de derecho penal: parte general**. 3. ed. Madri: Akal, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45273/Res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

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

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

BERTONCINI, Mateus. Capítulo V – Do acordo de leniência: comentários aos artigos 16 e 17. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014. p. 189-220.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Union Europea) relativos al crimen organizado: la definición em la participación em uma organización criminal y los problemas de aplicación criminal y los problemas de la Ley Penal em el espacio. **AIDP – Asociacion Internacional de Derecho Penal**. [199?] Disponível em: <<http://aidpespana.uclm.es/pdf/criminalidad/iblanco.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

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

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 dez. 2015.

_____. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 06 de set. 2015.

_____. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24

de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Senado Federal. Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012. Institui o novo Código penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

BRASILEIRO, Renato. Lavagem ou ocultação de bens: lei 9.613, 03.03.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 516-670.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia – Programas de Compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial (versão preliminar), Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

CALLEGARI, André Luís. Breves Anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012, p. 1-28.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Faustino. O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, § 2.º, do CP. **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, ano 21, n. 264, nov. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/305-264-Novembro2014>. Acesso em: 16 dez. 2015.

CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e Direito Internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (Coord). **Corrupção**: uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119-151.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CERVINI, Raúl. Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible. **Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, abr. 2012. p. 8. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/cervini%20imputacion.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. **Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, jun. 2010. p. 9. Disponível em: <<http://ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20en%20el%20ambito%20de%20la%20empresa%20Cesano.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76.

COMITÊ ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. Apêndice: Comentários ao projeto de lei nº 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317-349.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONTROLADORIA-GERAL da União (CGU); INSTITUTO Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; GRUPO de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção**, jun. 2009, p. 56-57. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Introdução. In: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 11-46.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Tradução de Adriano Galvão. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 14, p. 61-92, set/dez. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/179-ARTIGOS>. Acesso em: 19 fev. 2015.

_____. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. **Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)**, 2008. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/posicion%20de%20garante.Demetrio%20Crespo.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o Sistema Financeiro. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235-261.

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

FEBRABAN – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance**, maio 2013. p. 9. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). **Relatório corrupção**: custos econômicos e propostas de combate, São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 29 set. 2015.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 09, p. 26-57, abr. 2012.

_____. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2015, jul. 2015. p. 19. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

FERGUSON, Niall. **A grande degeneração**: a decadência do mundo ocidental. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na lei anticorrupção empresarial (lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o metrô de São Paulo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, vol. 115, p. 337-367, jul./ago. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 41-47, jan./jun. 1982.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na lei de licitações**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2013.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

FRISTER, Helmut. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GABINETE de documentação e direito comparado. **Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001 Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa**, 30 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2006, jul. 2006. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/362_es.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2015.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIMBERNART ORDEIG, Enrike. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) **El derecho penal económico en la era *compliance***. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 165-189.

GONZÁLEZ, Ventura. **Nociones generales sobre derecho penal económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

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

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

_____; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-45.

_____; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Capítulo I – Disposições gerais: comentários aos artigos 1º a 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 47-101.

_____. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). **Lei anticorrupção**: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 137-161.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Vol. I. Tomo 2º. Arts. 11 a 27.

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

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

KNOPFHOLZ, Alexandre. A vilanização do empresário e suas consequências jurídico-penais. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 5-18, fev./mar. 2011.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-76.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN Adán (Dir.) **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 272-303.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

LEÓN BERINI, Arturo González de. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal: pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 77-110.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 109-135.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime)**: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**: consolidação e perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEJIAS RODRÍGUES, Carlos Alberto. La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas. **Revista Cubana de Decereho**, Havana, n. 42, p. 48-74, jul./dez. 2013.

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

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El processo de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161.

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

_____. La posible responsabilidad penal del auditor ambiental. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2012, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260827>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoria del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste. **O século XX: o tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. Vol. II. p. 228-266.

PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. La intervención delictiva del *compliance officer*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: 34, 1998.

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

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los *Compliance Officers*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 3/2006, n. 364, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. 1.

RITT, Caroline Fockink; HUBNER, Bruna Henrique. Os crimes na lei de licitações: principais aspectos legais e jurisprudenciais. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, edição especial n. 42, p. 88 -102, jul/dez. 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5547>>. Acesso em: 11 set. 2015.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho Penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331.

_____. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2012, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política antitruste e governança corporativa no Brasil: os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 20, p. 265-306, jul/dez. 2011.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 1/2012, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/%20260786/347968>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

_____. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. Sobre la necesidad de exigir uma posición de garante para atribuir uma responsabilidade penal. **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 1/2015, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1099.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira**: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. In: **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, ano 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (Eds). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 245-259.

SALDIVIA, Laura. El derecho y la soberanía en la globalización. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. **Estado, soberanía y globalización**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 19-63.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____.; ANTONIETTO, Caio. *Criminal compliance*: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Victor Hugo; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance* e erro no direito penal. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95-119.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução de Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, tomo 41, p. 529-558, fev. 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 147-178.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. In: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 159-181.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 275-288.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) **El derecho penal económico en la era *compliance***. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____. **El delito de omisión**: Concepto y sistema. 2. ed. Montevideo: B de F, 2010.

_____. VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de mpresa y *compliance***: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 265-286.

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

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**: parte general: el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

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

TERRAGNI, Marco Antonio. **Omisión impropia y posición de garante**. Santa Fé: Jurídica, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 10, p. 59 – 68, 1983. Disponível em: < http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/05052013/dp-dpe-concepto_DPE.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Corruption perceptions index 2014**. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 12 set. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais**, 4 dez. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. **Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo**, 26 out. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32005L0060>>. Acesso em: 06 set. 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

WALD, Arnoldo. O governo das empresas. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 15, p. 53, jan. 2002.