

REFLEXOS DAS PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

REFLECTIONS OF COMPLIANCE PRACTICES IN ASSESSING CRIMINAL RESPONSIBILITY IN IMPROPER OMISSION

GISLANE TESTI COLET

Promotora de Justiça

Resumo: O ambiente empresarial apresenta características próprias que impactam a análise da responsabilidade penal, dada a existência de descentralização, coordenação e delegação de atividades e decisões em estruturas horizontais e verticais. Nesse contexto, o presente estudo visou analisar os reflexos do *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor (o empresário) nos casos de omissão imprópria. Seu objetivo foi compreender como o *compliance* repercute na responsabilidade penal do garantidor especialmente em relação à tipicidade subjetiva. Valendo-se do método hipotético-dedutivo, a partir de estudos doutrinários, verificou-se que as práticas de *compliance* têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos. Em razão dessas finalidades, concluiu-se que os programas de conformidade, se efetivamente desenvolvidos, podem ser instrumento apto a afastar a incidência típica por permitirem constatar a ausência de dolo.

Palavras-chave: Ambiente Empresarial. Omissão Imprópria. *Compliance*. Tipicidade Subjetiva.

Abstract: The business environment has its own characteristics that impact the analysis of criminal responsibility, given the existence of decentralization, coordination and delegation of activities and decisions, in horizontal and vertical structures. In this context, the present study aimed to analyze the reflexes of compliance in the assessment of the subjective element of the guarantor (the entrepreneur), in cases of improper omission. Its objective was to understand how compliance affects the guarantor's criminal liability, especially in relation to subjective typicality. Using the hypothetical deductive method, based on doctrinal studies, it was found that compliance practices aim to enforce the legal rules and political guidelines established for the respective activities, identifying and correcting deviations, preventing risks and keeping them within permitted limits. Because of these purposes, it was concluded that compliance programs, if effectively developed, can be an instrument capable of removing the typical incidence, as it allows the absence of deception to be verified.

Keywords: Business Environment. Improper Omission. Compliance. Subjective Typicality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sociedade de risco, risco empresarial e *compliance* 2.1 Risco empresarial. 2.2 Expansão na omissão imprópria. 2.3 *Compliance*: conceito e finalidades. 2.3.1 Aspectos práticos. 2.3.2 Parâmetros de efetividade do *compliance*. 3. Omissão imprópria e *compliance*. 3.1 Conceito de omissão. 3.1.2 Omissão própria e omissão

imprópria. 3.2 Posição de garantidores. 3.2.1 Fundamento material da posição de garantidor. 3.2.2 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas. 3.2.3 A posição de garantidor do *Compliance Officer*. 3.3 Demais pressupostos objetivos da omissão imprópria. 3.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir. 3.3.2 Causalidade e imputação objetiva. 4. *Compliance* e tipicidade subjetiva. 4.1 Elemento subjetivo no Finalismo. 4.2 As teorias do dolo. 4.3 Espécies de dolo. 4.4 O dolo na omissão imprópria. 4.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante. 4.4.2 Cegueira deliberada do garante. 4.5 Influência do *compliance* na aferição da tipicidade subjetiva. 4.5.1 *Compliance* e o dolo. 4.5.2 *Compliance* e culpa. 4.5.3 *Compliance* e o trato do erro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Pretendemos, com o presente artigo, oferecer uma contribuição introdutória sobre os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor. Embora muito tenha sido escrito sobre o tema, há ainda espaço para a discussão, tendo o objeto de investigação inegável importância neste momento em que o *compliance* ganha evidência no cenário nacional, especialmente após investigações envolvendo grandes empresas¹.

Sobre o prisma teórico, não obstante a literatura há muito já tenha se ocupado de tais categorias – omissão imprópria, tipicidade subjetiva e *compliance* –, pouco se encontra discutido sobre a influência dos programas de integridade na aferição da tipicidade, pressuposto indispensável à aplicação da sanção penal.

Do ponto de vista prático, a análise da responsabilidade penal do garante com foco na tipicidade subjetiva, quando presentes tais programas, mostra-se relevante, pois, além dos riscos inerentes à atividade empresarial, o garantidor ainda estará diante de uma vasta série de condutas tipificadas cuja amplitude – ou vagueza – dificulta ainda mais sua já complexa tomada de decisões no ambiente corporativo, marcado pela divisão de competências e atividades.

Tendo isso em mente, parte-se do seguinte questionamento: podem as práticas de *compliance* afetar a responsabilidade penal, nos casos de omissão imprópria, daqueles que se encontram na posição de garantidores, afastando a tipicidade subjetiva?

A hipótese estabelecida, levando-se em consideração as finalidades do *compliance*, sintetiza-se na seguinte assertiva: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas

¹ Referimo-nos aqui à Operação Lava-jato e suas diversas fases.

legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omissivo ao garante quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

Ao longo da redação do trabalho, trouxemos diversas notas de rodapé, não apenas para indicar a fonte de determinada ideia lançada no corpo do texto, mas também para permitir ao leitor acompanhar o raciocínio desenvolvido ao longo da pesquisa. A pretensão final é a de ao menos iniciar o debate sobre a necessidade de se considerar o *compliance* na filtragem e na racionalização do poder punitivo estatal.

2. Sociedade de risco, risco empresarial e *compliance*

Nossa sociedade atual tem sido continuamente denominada como “sociedade de riscos”². Segundo Silva Sanchez, ela é caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade³. Essa velocidade no avanço tecnológico acaba por gerar expectativas sociais de contenção de riscos nem sempre alcançáveis. Ampliam-se, quase na mesma medida, a complexidade das relações sociais e a demanda pela proteção de novos direitos.

A globalização da informação acaba por globalizar também os problemas, ao menos em termos de percepção social. A aceleração do ritmo de vida pela revolução das comunicações, que produz uma avalanche de informações, tem contribuído para o aumento da sensação social de insegurança, aumentando a sensibilidade social aos riscos e distorcendo sua noção em relação aos riscos reais⁴.

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem para sua caracterização como uma sociedade de objetiva insegura-

2 O termo “Sociedade de Riscos”, cunhado por Ulrich Beck, tem sido discutido por filósofos, sociólogos e juristas do mundo inteiro, como a maior problemática da era pós-industrial e moderna, que interage e se correlaciona com os fenômenos da tecnologia e da globalização, e que intimida as gerações humanas futuras”. DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.21.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.35.

4 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

rança⁵. E, nesse contexto, não se concebe mais um modelo social sem a presença das complexas estruturas organizacionais, nas quais a divisão de atribuições no alcance de seus objetivos não seja característica marcante. Por outro lado, a sociedade está cada vez menos tolerante aos riscos e coloca no Direito Penal suas expectativas de gestão desses riscos. É nesse cenário que o Direito Penal, como instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente relevantes⁶, ganha novas matizes.

Diante de um mundo globalizado, a sociedade deve entender que será cada vez mais demandada a conviver com riscos muitas vezes ineutralizáveis, e que sua enorme complexidade e diversidade não permitem o alcance de soluções simples, mormente pelo Direito Penal. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização⁷.

Essa visão de insegurança se transporta para o ambiente empresarial, onde a existência de riscos sempre foi inerente, em maior ou menor grau. Isso tem levado a um maior foco sobre os resultados – notadamente quando danosos – de tais atividades e suas consequências jurídicas, especialmente no âmbito penal.

Conforme aponta Luis Greco, o direito penal brasileiro vive uma salutar reorientação de suas prioridades. Ao lado do chamado direito penal tradicional, ganha espaço um direito penal que se importa também com ilícitos praticados por aqueles que historicamente gozavam de certa imunidade diante da persecução penal⁸.

A “sociedade de risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”⁹. Nessa quadra – e no que nos interessa no recorte que o presente trabalho se propõe –, tem-se transferido parte dessa necessidade de vigilância aos próprios vigiados, do que resulta a atenção que se tem dado aos programas de *compliance* nos últimos anos.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.37

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.33.

7 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.103.

8 GRECO, Luis. Prefácio. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.165, aspas no original.

2.1 Risco empresarial

O risco, em diferentes graus, é inerente à atividade empresarial. As agências de investigação¹⁰, quando da apuração de responsabilidades por resultados danosos, devem levar essa realidade em conta, sob pena de nos aproximarmos de uma criminalização indireta da atividade empresarial, afastando-nos cada vez mais de um Direito Penal Liberal.

O que se tem como risco permitido tem variado ao longo da história e do avanço tecnológico. Arrisca-se dizer que, quanto mais avanço tecnológico houver, menores serão os riscos permitidos, ante a ideia de que tal avanço tem – proporcionalmente – a capacidade de contê-los. Se, em certo momento da história, riscos desmedidos foram admitidos em nome do progresso, não é mais isso que se verifica.

Nas palavras de Silva Sanchez:

Como é sabido, o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta. Mas também é evidente que tal cálculo depende de uma valoração prévia, na que necessariamente se haverá de incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa a valores (ou preferências) na qual aquela se plasme. Na mudança significativa da autocompreensão social produzida nas últimas décadas se encontra, pois, a base também da modificação do produto do referido cálculo. Assim, a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevalorização essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade de ação. Ou, em outro sentido, da concepção de muitas liberdades “liberdade perigosas”. Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos pacientes mais que de agentes¹¹.

O risco, seu surgimento, criação e desenvolvimento são, por assim dizer, peças chaves para a compreensão penal econômica¹², e, por mais que a tecnologia avance, sempre existirão riscos que escaparão mesmo às previsões mais ousadas, riscos que podem se converter em danos. Além disso, a análise e o mapeamento desses riscos – atividades próprias do *compliance*, como adiante veremos – nem sempre alcançarão todas as possibilidades de práticas ilícitas no ambiente empresarial, especialmente se considerarmos duas ordens de condutas criminosas que se podem verificar, os delitos praticados *na* empresa e *pela* empresa.

10 Aqui nos referimos, de modo amplo, a todos aqueles que são legitimados a conduzir investigações, tais como, além das polícias (civil e federal), também o Ministério Público e Receita Federal.

11 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.55.

12 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.36.

Esses últimos, relacionados à atividade-fim, ao objeto social da pessoa jurídica, são o foco dos programas de *compliance*, assim como as atividades-meio e as relações dos gestores com colaboradores e demais *stakeholders*. Por outro lado, dado o ambiente coletivo, que nas grandes empresas se mostra complexo e com diversidade de indivíduos – e suas idiossincrasias –, não há como se esperar que o gestor, como garante¹³, tenha condições de antever e evitar todo e qualquer ilícito que possa se concretizar *no* ambiente empresarial.

Quando se fala em responsabilidade empresarial, a noção do risco empresarial se mostra umbilicalmente afetada. No entanto, quando esse risco é trazido para a seara penal e passa a se mostrar como fator distintivo da virtude e do crime, a questão ganha complexidade bastante distinta¹⁴. A noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em Direito Penal são muito próximos da questão do perigo, e muito mais da atividade empresarial em si¹⁵. As noções probabilísticas, as avaliações de ocorrência danosa, bem como o risco tolerável e o perigo penalmente relevante, hão, em última análise, de se mostrar como definidores da intervenção penal¹⁶.

Então, eis o cenário que se apresenta: vivemos em uma sociedade onde os riscos são inevitáveis; o risco é inerente – em maior ou menor grau – à atividade empresarial; a sociedade tolera cada vez menos os riscos e tem uma sensação de insegurança maior que a insegurança real. Tudo isso tem levado à ampliação da busca do Direito Penal – especialmente pela sua força simbólica – como gestor desses riscos sociais, que, por sua vez, tem contribuído, entre outros fatores, para o que se tem denominado de expansão do Direito Penal. No âmbito empresarial, essa expansão tem se dado especialmente por meio da figura da omissão imprópria.

2.2 Expansão na omissão imprópria

Os aspectos da expansão do Direito Penal ganharam especial repercussão com a obra do autor espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez, para

13 A sistematização das condições de garante do empresário e dos gestores é realizada no capítulo seguinte.

14 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.134.

15 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.135.

16 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.135.

quem a criação de novos bens-jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”¹⁷.

A identificação do fenômeno da expansão do Direito Penal lastreia-se em alguns primados. Inicialmente, constata-se certa ingerência da sociedade de risco¹⁸. A partir daí, percebe-se uma nova diagramação penal¹⁹. Para Juarez Tavares²⁰, a verdadeira ascensão dos delitos omissivos próprios só começa a marcar presença quando se substitui a lesão ao direito subjetivo, gradativamente, pela responsabilidade decorrente do resultado produzido. Em lugar da lesão ao direito subjetivo, insere-se na estrutura do delito a lesão de bem jurídico.

Essa mudança de estrutura pode parecer uma evolução natural da dogmática, mas, na verdade, ela deriva de uma alteração de rumos da política criminal. Os preceitos de liberdade de contratar, que serviam de base para eliminar os resquícios do Estado feudal e assegurar a livre concorrência, cedem terreno para os fins próprios da produção industrial.²¹ Na atualidade, a expansão caminha agora em direção à criminalização do *não fazer*, por meio de figuras omissivas próprias e impróprias. A primeira geração do Direito Penal dito moderno com vistas à proteção de bens supraindividuais – por meio do emprego de normas penais em branco, crimes de perigo abstrato e delitos de acumulação – se direciona agora para uma segunda geração, que lança mão das figuras omissivas, especialmente na área afeta ao que se denomina Direito Penal Econômico.²²

A responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a ideia

17 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.28.

18 Para Silva Sanchez, os aspectos da expansão do Direito Penal sofrem espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional, características da sociedade atual, considerada como sociedade de risco. Cf SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

19 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.44.

20 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

21 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

22 Nesse sentido, conferir SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte, 2018.

básica da identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa), está se transformando ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância)²³. Para Victor Costa, a expansão dos crimes omissivos impróprios está relacionada à impossibilidade do Estado de regular todos os atos da vida social, em especial os atinentes ao exercício da atividade econômica, âmbito por excelência do incremento da intervenção penal por omissão²⁴.

Assim, considerando tal cenário fático-social de risco em amplo sentido, somada a tendência expansiva do uso da omissão imprópria, especialmente no âmbito dos ilícitos empresariais, temos alçadas preciosas razões para a análise da importância das ferramentas de *compliance*. Conforme aponta Silveira²⁵, a avaliação hodierna dos problemas relativos à omissão em Direito Penal, e em especial pelo Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção de deveres de organização da própria entidade empresarial. Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo.

Nesse esteio, a prevenção, uns dos objetivos primordiais do *compliance*, ganha especial relevo quando se trata da responsabilidade criminal, uma vez que as sanções decorrentes da aplicação desta seara do Direito ultrapassam o aspecto patrimonial e podem atingir o indivíduo naquilo que lhe é mais caro, sua liberdade.

2.3 *Compliance*: conceito e finalidades

Os programas de *compliance* tornaram-se tema cogente, tanto no âmbito empresarial quanto público e, especialmente, no meio jurídico. O termo *compliance* origina-se do verbo em inglês *to comply*, cujo significado é cumprir, obedecer. No âmbito institucional e corporativo, *Compliance* tem sido definido como o conjunto de disciplinas introduzidas na empresa para fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretri-

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.117.

24 COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios*: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.254.

25 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.77.

zes estabelecidas para as atividades, bem como ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade nela existentes²⁶. Embora inicialmente criado com foco no sistema financeiro, atualmente o *compliance* se estende a diversos segmentos, com destaque especial para áreas de atuação sensíveis, como meio ambiente, indústrias químicas, grandes obras de engenharia – especialmente aquelas contratadas pelo poder público –, dentre outras²⁷.

Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de *expertise* técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com o objetivo de prevenir ou minimizar os riscos de responsabilidade legal²⁸. Ao *Compliance Officer* caberia a antecipação de possíveis responsabilidades a fim de evitar a criação de riscos juridicamente desaprovados²⁹. A doutrina aponta como suas atribuições: a) a análise de riscos jurídicos; b) a atuação, para o futuro, na prevenção de determinadas irregularidades; c) a comunicação de conhecimentos jurídicos para a empresa; d) a documentação de medidas adequadas e das irregularidades investigadas etc.³⁰

A minuciosa avaliação dos riscos é imprescindível nas etapas de implementação dos Programas de *Compliance*, cabendo ao responsável a análise dos riscos existentes tanto nas atividades-meio como nas atividades-fim da empresa/instituição. O risco de *Compliance* é o risco de sanções legais ou regulatórias, perdas financeiras ou danos reputacionais, bem como de medidas administrativas ou criminais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais e regulamentares, normas de mercado local e internacional ou decorrentes de compromissos assumidos por meio de códigos de autorregulação, padrões técnicos ou códigos de conduta³¹.

26 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.80

27 A KPMG realizou interessante pesquisa sobre a maturidade do *Compliance* no país. A pesquisa teve a participação de, aproximadamente, 200 empresas de 19 segmentos com diferentes estruturas, permitindo um alcance significativo de diversos perfis de empresas no Brasil. O resultado completo da pesquisa pode ser encontrado em <https://cndl.org.br/politicaspUBLICAS/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

28 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.81

29 ROTSCH, Tomas *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.231.

30 BACIGALUPO, Enrique *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido.2017. p. 232.

31Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.

O *Compliance*, portanto, tem como função principal garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da própria empresa e, como prevenção de riscos externos, o cumprimento da legislação vigente e das normas regulamentares oficiais de cada ramo de atividade empresarial³². Ademais, *Compliance* transcende a ideia de “estar em conformidade” com as leis, regulamentações e auto-regulamentações, abrangendo também aspectos de governança, conduta, transparência e temas como ética e integridade³³. Consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a Lei³⁴.

Assim, tanto as normas éticas quanto as legais são objeto de investigação e de prevenção dos *Compliance Officers*. Embora as normas legais referidas englobem todo o ordenamento jurídico vigente, para nós o que importa, neste trabalho, é o Direito Penal, isto é, a responsabilidade penal que pode ser prevenida pelo instituto do *Compliance*, chamado de *Criminal Compliance*³⁵. O *Criminal Compliance* é mais do que uma simples ferramenta de administração de “boas práticas” dentro da empresa. É, sobretudo, um instituto de prevenção criminal, que tem por escopo evitar a responsabilização criminal de pessoas jurídicas e de seus gestores³⁶. Sob as luzes do Direito Penal, eles [os programas de *compliance*] dizem respeito às medidas que exigem um comportamento consoante regras e proibições do Direito Penal, estabelecendo-se, pois, uma lógica própria desse campo do Direito³⁷.

Sempre que se fala de Direito Penal e de *compliance*, menciona-se o fato de o primeiro passar por um momento de alta indagação. Essa parece ser uma inarredável verdade³⁸. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente. As pre-

pdf,. Acesso em: 03.jun.2020

32 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.82

33 Disponível em: www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

34 ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.19.

35 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.83

36 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.85

37 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.113.

38 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243

ocupações com a atual busca de autoria e responsabilidade penal, em especial no campo econômico, são claros exemplos disso³⁹.

2.3.1 Aspectos práticos

Em termos práticos, o compliance consiste em planejar a prevenção de riscos de desvios de conduta e descumprimento legal, além de incorporar métodos para detectá-los e controlá-los, por intermédio de um programa de compliance⁴⁰. Existe verdadeira plêiade de possibilidades de sua utilização, sempre, contudo, com o objetivo claro de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes⁴¹, além de prevenção de outros desvios que possam resultar em danos patrimoniais e reputacionais. Ele mobiliza os gestores a uma postura mais proativa e preventiva no gerenciamento e no tratamento dos riscos que permeiam a atividade empresarial e comprometem sua sustentabilidade.

A percepção de que a criminalidade intraempresarial, dada no interior de uma empresa, apresenta uma dificuldade inerente à verificação correta de autoria, além, não raro, de uma significativa dificuldade de descobrimento do próprio fato criminoso, começou a mudar o panorama e a importância dada ao compliance visto também sob um viés criminal⁴². Os programas de conformidade podem, assim, representar uma vantagem em relação à intervenção estatal, já que as próprias empresas, a princípio, conhecem mais adequadamente as particularidades das técnicas e especificidades da Economia moderna, potencializando as devidas regulações jurídico-penais necessárias⁴³.

O criminal compliance se propõe diminuir a probabilidade de que venham a ocorrer crimes no seio da empresa. Evidentemente, os programas não criam barreiras inexpugnáveis ao crime, mas devem, de todo modo, mostrar-se como elemento restritivo de sua ocorrência⁴⁴. Ademais, em tempos

39 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243.

40 ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.24.

41 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.114.

42 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.116.

43 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.119.

44 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.126.

de expansão do Direito Penal, a presunção de conhecimento das normas tem se tornado cada vez mais relativa⁴⁵. Some-se a isso o fato de as instituições de persecução penal terem voltado, nos últimos anos, especial atenção à criminalidade praticada nas empresas e pelas empresas – mormente a relacionada à corrupção⁴⁶ –, alçadas estão as principais razões pelas quais os Programas de Compliance deixaram de ser apenas um diferencial no chamado mundo corporativo para se tornarem ferramenta essencial.

A globalização dos mercados e a exigência de padrões éticos cada vez mais altos têm compelido as empresas e o poder público a evoluir e reestruturar suas estratégias, estruturas organizacionais e tecnológicas. Nesse ambiente, a função de compliance ganha cada vez mais importância como mecanismo de prevenção, detecção e resposta a práticas indevidas que possam implicar descumprimento de normas e de padrões de ética e conduta⁴⁷.

Coloca-se, pois, que um programa efetivo de compliance interessa primeiramente à própria empresa⁴⁸, protegendo-a, e também a seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração⁴⁹.

2.3.2 Parâmetros de efetividade do compliance

Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo⁵⁰.

Se a hipótese trazida é a possibilidade de um programa efetivo de *compliance* ter a capacidade de afastar o dolo quando, a despeito da presença do programa, ocorrer um resultado danoso a bens jurídicos de terceiros, deve-

45 “A ideia de que o Direito escrito e publicado será conhecido por todos, e de que todos podem programar sua existência de acordo com as normas, tem se tornada cada vez mais obsoleta e hoje, admitir a escusa pelo erro sobre as proibições, tanto no Direito Penal como no fiscal, não é mais uma presunção *juris tantum*.” (BACIGALUPO, 2011, p.21 apud BENEDETTI, 2014, p.84).

46 A exemplo da operação amplamente conhecida como Lava-jato, e suas dezenas de fases.

47 Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf Acesso em: 10 jan 2020.

48 WESSING, Jürgen apud SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

49 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

50 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p.77.

mos nos questionar de que parâmetros de efetividade estamos falando, e se seria possível um *standard* de efetividade para nortear a análise do caso concreto. Não há resposta simples para esses questionamentos, tendo em vista a complexidade que as diversas atividades empresariais podem apresentar, e o fato de que cada segmento possui riscos próprios, que devem ser mapeados quando da implementação do programa. Embora não se possa falar em um modelo padrão de efetividade – justamente em razão dessa diversidade de atividades e, portanto, de riscos –, seria possível estabelecer requisitos mínimos para que o programa possa ser levado em conta na fixação, na atenuação ou no afastamento da responsabilidade criminal.

Primeiramente, deve-se observar que a exclusão ou a atenuação de responsabilidades penais só parece ser adequada (ou possível) se o *compliance program* se mostrar uma ferramenta exitosa de direção e gestão que, de fato, demonstre a capacidade para prevenir, detectar e remediar descumprimentos que podem se dar no dia a dia empresarial⁵¹. Silveira⁵² aponta parâmetros mínimos para verificação da efetividade do *compliance* lastreando-se no que denomina princípios cardeais que devem reger a atividade empresarial socialmente responsável. Esquemáticamente, seriam eles:

- Princípio da separação dos poderes entre os distintos membros da empresa, possibilitando um controle interno da atividade de cada qual;
- Princípio da documentação e verificação, onde todos os procedimentos internos são documentados para eventual posterior confrontação;
- Princípio de congruência e coerência das operações, onde toda a operação pressupõe uma contrapartida, sendo vedadas atividades sem explicação;
- Princípio da transparência da gestão empresarial, onde tudo se dá às claras, evitando-se, assim, atividades sorrateiras;
- Princípio da independência e imparcialidade dos órgãos de controle, onde se evita a tentativa de ingerências externas a eles;
- Princípio do cumprimento ou explicação, onde os funcionários, submetidos ao controle de suas atividades, devem explicar e justificar suas condutas;
- Princípio da confidencialidade – onde se garante o segredo dos dados investigados.

51 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

52 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.127.

Caso isso não se dê, pode-se estar diante de um programa meramente formal (*window-dressing compliance program*), que, nada tendo a contribuir com a ideia preventiva, não surte nenhum efeito penal⁵³.

Para a eficácia de um sistema de *Compliance*, faz-se necessário um sistema de supervisão e sanção, que também merece um órgão próprio de fiscalização e controle, sob pena de absoluta ineficácia⁵⁴.

Para ser minimamente válido, no entanto, seria necessária e obrigatória a instituição de procedimentos de investigação interna⁵⁵. Deve-se, em outras palavras, garantir certa independência do sistema de denúncias, caso contrário, o *compliance program* em si e o *compliance officer* mostrar-se-ão inócuos, como se não existissem. A inefetividade seria patente, não cabendo nenhuma consideração redutora ou extintiva de responsabilidade⁵⁶.

Silveira e Saad-Diniz, citando Gómez Martin, aduzem que, transportada do cenário notadamente penal, a noção de denúncias internas – *whistleblowing* – chega a ser umbilicalmente vinculada às noções dos *compliance programs*. Os sistemas de controle por vigilância, que instituem, por sua vez, sistemas de denúncia, podem se dar de forma interna (aos membros da própria empresa) ou externa (para a Administração Pública, meios de comunicação, etc.). Com o propósito de, justamente, evitar desnecessárias e, não raro, incontroláveis divulgações de ocorrências externas, a prática empresarial parece ter optado por procedimentos de controle interno através do *whistleblowing*⁵⁷.

Ainda segundo os referidos professores da USP, na tentativa de dar utilidade desenhada ao sistema de *criminal compliance*, alguns modelos de solução têm sido imaginados⁵⁸. Dentre muitos, três são de destaque. Um primeiro diria respeito a um sistema de certificação dos programas de *compliance*, mormente por órgãos ou institutos independentes, como a ISO, por exemplo. Existiria, assim, a avaliação do programa por quesitos elaborados pelo órgão certificador.

Um segundo exemplo diria respeito a uma standardização setorial. Determinadas empresas de certo ramo se reúnem e estabelecem suas

53 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.127.

54 COCA VILLA, Ivó. *Apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.150.

55 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.151.

56 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.151.

57 GÓMEZ MARTIN, V. *apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.153.

58 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.155.

normas de conduta, fixando sua *lex artis*. Por fim, um terceiro grupo de soluções poderia ser visto na externalização e independência das pessoas que desenham, implantam e supervisionam a concepção interna de *compliance*, como seria o caso de antigos profissionais de mercado, professores universitários ou especialistas no assunto⁵⁹.

Do exposto, fica claro que, qualquer que seja o modelo adotado, os códigos basilares de conduta das empresas não devem se basear em modelos pré-concebidos, mas se evidenciar como instrumentos individualizados, o que denota, sem dúvida, uma maior preocupação da empresa⁶⁰.

Nessa senda, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), por meio do decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.420/2015), traz um verdadeiro *checklist* sobre aspectos a serem considerados para avaliação da existência e aplicação do programa, podendo servir de valioso norte⁶¹. Ainda que não se trate de lei formalmente penal, parece provável que suas disposições possam ter reflexos indiretos nessa seara, mormente porque, como também já destacado, muitas infrações administrativas nela previstas coincidem com tipos penais.

3. Omissão imprópria e compliance

Conforme apontado na introdução, a hipótese que se propõe é a possibilidade de um *compliance* efetivo, diante de suas precípuas finalidades, afastar o dolo nos casos de atribuição de responsabilidade penal pela via omissiva imprópria. Para tanto, realiza-se agora uma breve sistematização doutrinária acerca da omissão imprópria, com foco no ambiente empresarial, recorte metodológico definido para o presente trabalho. Embora essa síntese não represente novidade, ela é necessária como um caminho lógico a ser percorrido para a compreensão acerca de quais paradigmas doutrinários se parte para sustentar as afirmações que seguem no item seguinte sobre o *compliance* e a tipicidade subjetiva.

O que se pretende oferecer são as razões para, a partir da compreensão do contexto da realidade empresarial – onde as dificuldades de atribui-

59 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.157.

60 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

61 No mesmo sentido também as cartas circulares do BACEN, conforme apontado por Silveira e Saad-Diniz: "A grande contribuição, no entanto, consiste na possibilidade de assimilação desse repertório [cartas circulares] para os programas de *compliance*, que podem tomar a normativa do BACEN *check-list* para ajustar o *criminal compliance* às políticas de combate e prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo". SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.278.

ção de responsabilidade são inerentes ao ambiente coletivo –, poder-se utilizar o programa de integridade como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuírem para a identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omitente.

Resumimos a noção de complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprias do ambiente empresarial, reportando-nos ao estudo realizado por Estellita⁶². Antes, contudo, de adentrarmos nos impactos objetivos e subjetivos de tal complexidade na aferição da responsabilidade individual – e da importância dos programas de integridade em tal análise –, faremos uma breve síntese dos estudos da omissão imprópria.

Conforme aponta Silveira, a omissão hoje se evidencia como um dos cerne da construção lógica do Direito Penal moderno. Muito embora sua estruturação não seja novidade, é bastante clara sua retomada de poder e abrangência, em especial no que se entende por Direito Penal Empresarial⁶³.

Na mesma perspectiva, Costa⁶⁴ salienta que os crimes omissivos impróprios retornam à discussão na dogmática jurídico-penal. Isso se deve a específicos fatores de política criminal, decorrentes dos novos riscos introduzidos pela sociedade pós-industrial. Destaca ainda o referido autor que a atribuição de deveres de autorregulação, o incremento dos deveres de vigilância dentro de tais estruturas e os mandados de evitação de resultados típicos decorrentes dos riscos de tais atividades importam em considerar a criminalidade por omissão como paradigmática no direito penal contemporâneo.⁶⁵

Ademais, não se pode procurar entender as noções de *compliance* sem se aperceber do problema penal da omissão imprópria⁶⁶. Por essas e outras razões, os programas de conformidade têm sido tão debatidos nos últimos anos.

A parte especial do Código Penal Brasileiro, assim como a legislação extravagante, apresenta tipos comissivos (dolosos e culposos) e omissivos próprios. A responsabilidade penal do indivíduo pela omissão im-

62 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: MarcialPons, 2017.

63 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.20.

64 COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios*. Tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.15.

65 COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios*. Tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.15.

66 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido. 2018. p.250.

própria, com equiparação da inação à ação, se dá pela extensão da figura típica por meio da aplicação do art. 13, §2º, do CP. Parte da doutrina nacional⁶⁷, a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º, do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) a omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Há ainda outra corrente que defende serem necessárias para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado⁶⁸.

Ainda para fins de afirmação da responsabilidade penal, some-se, aos pressupostos anteriores, a aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa), além, é claro, da antijuridicidade e da culpabilidade. Entretanto, estudar todos os pressupostos da imputação da omissão imprópria com profundidade ultrapassaria o objetivo da pesquisa. Assim, realiza-se uma síntese, necessária à compreensão do objeto do estudo, detendo-se um pouco mais na análise da posição de garantidor do empresário, uma vez que, se no caso concreto tal posição não for firmada, não há que se perquirir sobre os demais pressupostos, inclusive o subjetivo. Ademais, no contexto em que o objeto de estudo é colocado, ou seja, no ambiente empresarial, a posição de garantidor é a que tem suscitado mais debates na doutrina, mormente nas estruturas complexas, com ampla divisão de funções e onde se faz presente a delegação dos deveres de vigilância ao setor de *compliance*.

3.1 Conceito de omissão

Do art. 13 do Código Penal Brasileiro depreende-se que não somente a ação mas também a omissão podem ser causa de um resultado típico. A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime⁶⁹, sendo suas modalidades a ação e a omissão.

Muitas vezes toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, alegando-se que a ação envolveria a *comissão*, que se identificaria com a *ação*

67 Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Curitiba: UFPR, 1983. p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 183.

68 Nesse sentido, por exemplo, os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, Ronan Rocha, nas obras referenciadas.

69 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 135.

positiva, e a omissão, que se identificaria com a *ação negativa*⁷⁰. Todavia, a ação e a omissão são, na verdade, modalidades da conduta humana, que é o conceito geral que abarca essas espécies⁷¹. Se, no campo fenomenológico ou ôntico, ação e omissão diferem, no campo das valorações político-criminais, ou seja, normativo, é possível encontrar um denominador comum entre as duas formas de realização da conduta típica: ambas são formas de ofender o bem jurídico⁷². Assim, enquanto na ação a conduta ofensiva a um bem jurídico penalmente protegido se dá por meio da violação de uma norma proibitiva, na omissão, essa violação decorre da inobservância de uma norma mandamental, que determina a ação para impedir um resultado lesivo.

Nessa perspectiva, a omissão pode ser conceituada como a não realização da conduta determinada pelo tipo penal, ou a realização de conduta diversa, não representando necessariamente passividade física.

3.1.2 Omissão própria e omissão imprópria

Assim como os tipos comissivos podem ser classificados em crimes de mera atividade ou de resultado (de acordo com a produção ou não de resultado naturalístico), os tipos omissivos também são classificados em crimes de mera conduta e de resultado. No primeiro caso, a violação do tipo se dá pelo simples não fazer o que foi determinado, tratando-se da chamada omissão própria ou pura.

A omissão imprópria – também denominada de comissão por omissão – exige, por sua vez, um resultado, em relação ao qual havia um mandado de evitação. Já a omissão própria não evidencia maiores dificuldades, caracterizando-se pela não observância de norma mandamental, cujo tipo incriminador impõe um dever concreto de agir dirigido genericamente a todos. Como crime de mera conduta, prescinde de resultado, o qual, em determinados casos, se verificado, é considerado causa de aumento de pena – sendo tratado, portanto, em nível de culpabilidade e não tipicidade – como ocorre, por exemplo, com o art. 135, e seu parágrafo único, do Código Penal.

A omissão imprópria, por sua vez, decorre da combinação de um tipo penal incriminador, que descreve uma conduta comissiva, e a norma do art. 13, §2º, do Código Penal. Disso decorre a denominação de comissão por

70 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

71 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

72 ROXIN, Claus, *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.77

omissão, uma vez que se viola um tipo comissivo por meio de um não fazer, que era mandado para a evitação do resultado, mas esse dever não é imposto a todos de forma genérica, senão a determinadas pessoas, que, por motivos diversos, têm o dever especial de proteger e vigiar específicos bens jurídicos. Essas pessoas são chamadas de garantidores.

Assim se encontra redigido o §2º do art. 13 do Código Penal, que trata da relevância da omissão e fixa as posições de garantidores:

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

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

No meio empresarial – que é o ambiente de estudo no presente trabalho –, o empresário se encontra na posição de garantidor em relação à empresa como fonte de perigo, possuindo tanto deveres de proteção quanto de vigilância, como pontuado adiante. Dentre os pressupostos já mencionados, componentes do tipo objetivo da omissão imprópria, a posição de garantidor será dedicada agora maior atenção, porquanto sua análise está diretamente relacionada à hipótese da pesquisa, uma vez que a constituição de um setor de *compliance*, a depender dos deveres concretos que lhe são delegados, pode constituir novas posições de garantidores nesse ambiente empresarial – naturalmente coletivo – alterando os deveres daqueles que se encontram originalmente nesta posição.

3.2 Posição de garantidor

3.2.1 Fundamento material da posição de garantidor

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal. Isso porque, na omissão imprópria, a verificação dos pressupostos para sua configuração vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, uma vez que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no art. 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante.

A posição de garantidor é elementar do tipo objetivo na omissão imprópria e a fixação dessa posição, no caso concreto – em termos lógicos e práticos –, é a primeira etapa de verificação do preenchimento dos requisitos necessários à responsabilidade criminal por omissão imprópria, após a constatação de um resultado típico. Como etapa precedente e necessária à confirmação de nossa hipótese, ou seja, da influência do *compliance* na formação do elemento subjetivo do garantidor, é imprescindível que nos debruçemos, inicialmente, nesse pressuposto que compõe o tipo objetivo e cuja identificação, especialmente na seara empresarial, pelas razões já apontadas, possui peculiar complexidade.

Nessa perspectiva, nosso referencial teórico é o estudo realizado pela professora Estellita na obra já citada, a partir do qual, depois de aqui realizarmos uma breve sistematização, avançaremos no foco principal do presente trabalho. Estellita pondera que, se inexistente um dever legal de que todos evitem todos os resultados típicos – um dever que, existente, tornaria a convivência social insuportável, transformando todos em vigilantes de todos –, é de se questionar se algumas pessoas, porém, em virtude de uma especial relação com certos bens jurídicos ou certas fontes de perigo para bens jurídicos, não teriam um dever especial de intervir para protegê-los⁷³.

O já mencionado art. 13 do CP, em seu parágrafo 2º, estabelece um rol fechado⁷⁴, delimitando tal posição, dispondo que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Ainda segundo a professora da Fundação Getúlio Vargas, a teoria das fontes formais⁷⁵ da posição de garantidor foi abandonada pela doutri-

73 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.31.

74 Nesse sentido: É relevante salientar que a norma em questão apresenta um rol fechado, fora dela não existe comportamento juridicamente relevante. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p.37

75 Não se pode precisar com rigor, em termos cronológicos, o ponto de separação entre um estágio e outro, a partir de quando a teoria dos deveres jurídicos formais se vê substituída por critérios materiais. Isto se processa gradativamente, mas de qualquer modo com mais clareza a partir de 1959, com a obra de Armin Kaufmann, na qual desenvolve os fundamentos da chamada *teoria das funções* (KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p.282 e ss). Por essa teoria, diferenciava Armin KAUFMANN, quanto à posição de garantidor, os campos de relações nos quais era gerado o dever de impedir o resultado juridicamente proibido. Assim, ao contrário do que propunha a teoria anterior, que indicava com rigor a fontes dos quais esse dever provinha (lei, contrato e ingerência), entendia Armin KAUFMANN que este dever estaria assentado em especiais relações de proteção, assumidas pelas respectivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados. Estas relações seriam reunidas em dois gru-

na majoritária por diversas razões. Conforme ela esclarece, seu defeito central era a falta de um critério propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas condutas diversas, ou, colocado de outra forma, a aplicação da sanção penal baseada tão somente na violação de um dever extrapenal⁷⁶. Assim, o que fundamenta a posição de garantidor é a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico. O papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação do âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade. Tomando um exemplo no âmbito empresarial, a circunstância de alguém figurar no contrato social de uma empresa por cotas de responsabilidade limitada não o faz automaticamente garantidor se tal indivíduo não exercer/realizar, no plano fático, nenhuma atividade no âmbito desta empresa.

Estellita ainda descreve um panorama dos critérios *materiais* da posição de garantidor, sintetizando as posições de Schünemann, Jakobs, Silva Sánchez e Bottini⁷⁷.

Schünemann traz, como critério material para fundamentar a posição de garantidor, o domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, tendo como base a exigência de uma razão de igualdade para apenar com a mesma intensidade resultados imputados a uma ação e a uma omissão. Essa igualdade – ou equivalência – tem de ser encontrada no que possa existir de comum (“igual”) entre ação e omissão, o que Schünemann vai buscar nas estruturas lógico-objetivas comuns à ação e à omissão⁷⁸. Segundo Estellita, os passos seguidos por Schünemann⁷⁹ para encontrar essa estrutura comum são assim sintetizados:

pos de funções. O primeiro incluiria todas aquelas relações pelas quais o garantidor se comprometesse a defender os afetados frente a todos os perigos que se desenvolveram dentro do seu âmbito de proteção. O segundo incluiria aquelas relações que derivam de fontes de perigo, para as quais o garantidor fosse responsável. No primeiro grupo de casos, incluem-se as relações de proteção entre pais e filhos, entre cônjuges entre pessoas encarregadas de supervisão da atividade de outras. No segundo grupo, inserem-se os deveres derivados da responsabilidade por fontes de geração de perigos, assim como os vinculados à propriedade, aos filhos menores, aos animais domésticos e, ainda, por ações realizadas pelo próprio sujeito (ingerência). TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.137.

76 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.82.

77 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-93

78 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88.

79 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-89.

- a) A igualdade à comissão depende de quais peculiaridades da ação fundamentam a punibilidade no respectivo gênero de delitos (de resultado);
- b) O fundamento da punibilidade reside, nos crimes de resultado, na imputação do resultado à pessoa;
- c) O fundamento dessa imputação reside na relação entre a pessoa e seu movimento corporal, que é a causa imediata do resultado nos crimes comissivos;
- d) Dado que só se pode impor a mesma pena a alguém que omite se esta omissão for equiparável à ação, essa equiparação só pode ter lugar buscando o fator comum, isto é, o princípio geral que fundamenta a imputação do resultado ao agente;
- e) Este princípio geral de imputação é o domínio sobre a causa do fundamento do resultado.

Assim, nos crimes omissivos⁸⁰, será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos⁸¹:

- 1) Aquele em que o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação.
- 2) Aquele em que o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento.

São exemplos do primeiro caso os dos garantidores por vinculação natural, por relações de comunidade de vida, comunidades de perigo e por assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado. São exemplos do segundo caso os dos garantidores por responsabilidade sobre uma fonte de perigo (coisas) e responsabilidade sobre o atuar alheio (pessoas)⁸², sendo estes casos os que nos interessam mais de perto para o presente estudo.

80 Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é sua causa (por exemplo, o ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado. SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89.

81 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89

82 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

Como se vê, o critério do domínio evidencia que a mera fonte formal, ou o dever extrapenal, não pode fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de ação e omissão do garantidor, sendo necessária uma equivalência também sob o ponto de vista do desvalor da conduta, a qual, para Schünemann, reside no domínio sob o fundamento do resultado⁸³.

O critério de Jakobs, por sua vez, tem base puramente normativa e oferece dois vértices para a fundamentação material das posições de garantidores: a responsabilidade por *organização* da própria esfera de competência e a responsabilidade *institucional*⁸⁴. Quem organiza sua vida de certa maneira tem o dever de cuidar para que de seu âmbito de competência não advenham efeitos externos danosos a outras esferas de organização (outras pessoas), isso vale para o próprio corpo ou para coisas e pessoas no âmbito de competência (influência) do agente⁸⁵. Essa expectativa dos demais cidadãos é derivada do *neminem laedere*, que impõe deveres negativos, ou seja, deveres de não ingerência em esferas jurídicas alheias⁸⁶.

Conforme aponta Estellita, a responsabilidade penal no ambiente de empresas, por exemplo, seria um caso de responsabilidade por organização: à liberdade de instalação e operação de uma empresa (portanto, coisas e pessoas) corresponderia o dever negativo de mantê-la sob controle para que não interfira de forma danosa na esfera de terceiros e, superado esse limite, salvá-los em caso de perigo iminente⁸⁷.

A responsabilidade *institucional*, por seu turno, se dá em âmbitos vitais, com a estipulação de deveres positivos, e afeta pessoas com um *status* especial relacionado a instituições básicas para a existência da sociedade, como a dos pais (em relação aos filhos), dos cônjuges entre si e de alguns cargos públicos⁸⁸.

83 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

84 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

85 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

86 Nesse aspecto entende Estellita que há uma proximidade com a fundamentação normativa no âmbito do domínio, trazido por Schünemann.

87 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.91

88 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90

Adverte Estellita⁸⁹ que essa fundamentação de Jakobs faz reduzir a relevância da distinção entre ação e omissão, mas isso não quer dizer que não haja diferenças ou particularidades quanto aos pressupostos de uma e outra forma de responsabilidade penal, e que a legitimidade da punibilidade da omissão não prescinde da forma fenomenológica da conduta ou da técnica legislativa empregada para a definição da conduta típica na lei penal.

A responsabilidade que decorre do uso da autonomia individual legitima tanto a proibição de ações perigosas como de omissões de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros, pois se trata sempre de ingerência em uma esfera jurídica alheia⁹⁰.

Silva Sánchez sustenta que somente deveres de organização poderiam fundamentar uma posição de garantidor estrutural e materialmente equivalente à ação, pois somente neste caso é que essa ingerência implicaria a assunção concreta da extensão do próprio âmbito de organização à esfera jurídica alheia que fundamenta um compromisso de contenção que, descumprido, legitima a aplicação da sanção penal prevista para a modalidade comissiva⁹¹. É esse compromisso adquirido e posteriormente descumprido que gera, para este autor, um domínio do risco típico idêntico, normativamente, ao risco criado pela conduta ativa e que, assim, legitima a igualdade da intensidade da resposta penal⁹².

Em balanço e tomada de posição, Estellita obtempera que há certa aproximação entre as posições de garantidor em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo (Schünemann) e a oriunda de competências organizativas (Jakobs), e entre as posições de garantidor em virtude de deveres de proteção de determinados bens jurídicos (Schünemann) e a oriunda da competência institucional (Jakobs)⁹³. Mas considera que, apesar dessa aproximação, a base puramente normativa do critério das competências, especialmente no que tange à responsabilidade institucional, padece não só de falta de clareza, como pode conduzir a uma incontrolada amplitude das posições de garantidores em uma sociedade

89 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

90 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

91 SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93.

92 SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93

93 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

cada vez mais altamente regulada⁹⁴. Ademais, o caráter acentuadamente normativo obscurece, quando não elimina, o necessário apoio empírico, passível de prova⁹⁵, que conecte o atuar humano ao resultado típico e que seja capaz de legitimar a igualdade de severidade da resposta penal dada à omissão do garantidor e à comissão.

3.2.2 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas

O espectro de abrangência da posição de garante do empresário é amplíssimo, na medida em que se exige seu controle sobre várias fontes de perigo decorrentes da atividade empresarial tais como equipamentos, produtos, pessoas, etc. Tendo isso em mente e retornando à noção da complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprias do ambiente empresarial, é importante observar que as empresas, especialmente as de médio a grande porte, estruturam suas atividades a partir da divisão de trabalho e de funções⁹⁶. A análise da responsabilidade por resultados danosos deve ter como ponto de partida justamente a verificação das posições de garantia dentro da estrutura organizacional da empresa e as relações de cada cargo/função com as condutas que deveriam ter sido levadas a efeito para evitar aqueles resultados.

Conforme leciona Estellita, a divisão de trabalho é um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresas que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria dolosa individual.⁹⁷ A divisão do trabalho nesse ambiente abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

Além disso, também é característica das grandes empresas a atribuição de certas decisões a órgãos colegiados, conselhos, comitês, etc., o que apresenta dificuldades para a imputação da responsabilidade no tocante ao es-

94 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92

95 ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

96 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 169.

97 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.43

tabelecimento do nexo de causalidade⁹⁸. Some-se a isso a necessidade de se lidar com grande fluxo de informações, que são produzidas por setores diversos e que precisam ser consolidadas para que esses órgãos colegiados e diretorias possam tomar decisões. Não por outra razão, um dos elementos dos contemporâneos programas de *compliance* é o estabelecimento de canais de comunicação (ou de denúncia), que visa compensar parcialmente os limites naturais do fluxo de informação dentro das empresas⁹⁹. Diante dessa realidade e frente à essência e finalidade do *compliance*, trazem-se agora considerações pontuais acerca das posições de garantidores no ambiente empresarial, mais uma vez valendo-se dos estudos realizados por Estellita. O ponto central do estudo realizado pela professora da FGV foi justamente enfrentar a problemática da punição dos dirigentes de empresas por crimes praticados por outros membros da mesma empresa, sendo tal estudo uma tentativa de oferecer respostas à indagação sobre a posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes praticados por seus integrantes no exercício da atividade econômica.

Como a análise do elemento subjetivo pressupõe, primeiramente, o preenchimento dos elementos objetivos do tipo, apontamos as conclusões de Estellita como suporte para as afirmações posteriores quanto à caracterização do dolo do garante no ambiente empresarial no qual os programas de *compliance* se façam presentes. Sintetizam-se a seguir as conclusões da referida autora, dando maior destaque àquelas que dizem respeito às posições de garanteres relacionadas à delegação por apresentarem maior complexidade de aferição e interessarem diretamente à análise posterior quanto à individualização da responsabilidade, tendo em vista que a implementação de programas de integridade pode implicar a constituição de novas posições de garantidores por delegação.

Opta-se, mais uma vez, por recorrer ao referido trabalho, tendo em vista que a autora realizou profundo estudo sobre o tema, rendendo tributo ao melhor da doutrina nacional e estrangeira¹⁰⁰, de modo que qualquer pretensão de novidade seria trabalho hercúleo. Além disso, o presente subitem tem objetivo mais descritivo que argumentativo, servindo como um lastro necessário, um percurso construtivo para sustentar o raciocínio que se segue no subitem seguinte, que se dedica ao ponto central da pesquisa. Conclui Estellita¹⁰¹, em apertada síntese e focando-se nos aspectos mais relacionados à hipótese da pesquisa, que:

98 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.47

99 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.51

100 A referida obra conta com extensa bibliografia à qual remetemos o leitor, p.307-325.

101 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 167-171

1 - A análise da responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes por crimes praticados a partir da empresa contra bens jurídicos de terceiros ou da coletividade se coloca no âmbito da constituição de posições de garantia de vigilância oriundas da criação de uma fonte de perigo ou da assunção, total ou parcial, dessa vigilância.

2 - À fundamentação da posição de garantidor por controle sobre o subordinado e mesmo àquela que considera pessoas como fonte de perigo opõe-se o argumento da autorresponsabilidade¹⁰² como barreira ao reconhecimento da posição de garantidor dos dirigentes.

3 - Essas fricções podem ser superadas na medida em que se considere que o dever de atuar não se dirige ao subordinado, mas à evitação do resultado e, ainda, que a responsabilização do garantidor não é por fato alheio, do agente ativo, mas oriunda da quebra de seu próprio dever de agir para evitar o resultado.

4 - O fundamento da posição de garantidor por ingerência parece ser insuficiente para contemplar todas as constelações de casos penalmente relevantes diante do costumeiro distanciamento temporal e pessoal entre a criação do perigo e a realização do resultado nos crimes econômicos.

5 - O fundamento que melhor parece se ajustar à estrutura de gestão de pessoas e objetos nas empresas é o que considera como fonte de perigo permitida, criada no âmbito da liberdade de empreender, e que atrai para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados danosos.

6 - Os perigos podem ser intrínsecos às atividades desenvolvidas pela empresa ou resultar de atos de organização e gestão dos administradores, pois a própria coordenação de tarefas na empresa é, em si, um fator de risco.

7 - Serão garantidores originários na empresa aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, confirmada pela assunção fática dessas tarefas¹⁰³. É a partir deles que se estruturam tanto a divisão horizontal (descentralização) como a divisão vertical de funções (delegação).

102 “Schünemann assenta a posição de garantidor dos dirigentes em três pilares: o poder de direção, o domínio sobre o conhecimento/informação e a executabilidade fática de suas instruções confirmada faticamente pela subordinação dos subalternos e responde ao contra-argumento da autorresponsabilidade do empregado – do qual decorre que ninguém está obrigado a impedir que terceiros autorresponsáveis pratiquem crimes – com a asserção de que, em estruturas coletivas organizadas, a autonomia do empregado é meramente aparente, sendo apenas uma fachada, já que nelas o comportamento não decorre de uma decisão pessoal, mas, sim, da observância a regras da associação, do que resulta que onde se verifiquem os três pilares por ele referidos, fica enfraquecida a barreira representada pelo princípio da autorresponsabilidade. Disso decorre a importância da diferenciação entre um ato praticado no interesse da associação e outro praticado em excesso: somente um ato praticado no interesse da associação exterioriza um domínio de associação e, pois, fundamenta uma posição de garantidor do superior”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.111-112

103 A mera designação nos documentos sociais ou no organograma na companhia será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 168

8 - Para atender às especificidades das diversas atividades e encargos próprios da atividade econômica, as empresas estruturam sua administração em unidades, departamentos, diretorias, à frente dos quais colocam pessoas com algum grau de expertise na área a ser gerida. A essa divisão de funções que ocorre no mesmo nível hierárquico correspondem estruturas de responsabilidade horizontal. Dentro dessas unidades, departamentos ou diretorias, procede-se então a delegações de tarefas e atividades. Sendo impossível realizar todas as tarefas e incumbências necessárias ao exercício da atividade econômica-fim da empresa e das relativas também à gestão, procede-se então a delegações de tarefas e funções aos seus integrantes, às quais podem se seguir novas delegações. A delegação de atividades, tarefas e funções, que ocorre entre níveis hierárquicos distintos, correspondem estruturas de responsabilidade vertical.

9 - Nas estruturas verticais de delegação de funções e tarefas, o fundamento da constituição de garantidor é a assunção (art. 13, §2º, *b*, CP). Uma assunção só tem lugar quando o delegado entra de fato no exercício da atividade assumida. O correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades de controle sobre a fonte de perigo é que fundamenta a constituição da posição de garantidor no delegado. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário ou derivado), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário).

10 - A delegação pode ter, essencialmente, dois conteúdos diversos: a delegação das atividades propriamente econômicas (sua atividade-fim) e a delegação da atividade ou função de vigilância.

11 - Nos dois casos, tratando-se de manifestação do exercício da liberdade de organização com pretensão duradoura, há dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos. Se o delegante não tem mais por atribuição desempenhar as atividades delegadas, tem, contudo, deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção no específico âmbito de delegação.

12 - O princípio da confiança tem aplicação no âmbito das estruturas verticais, de delegação. A regra fundamental é a de que os envolvidos podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança.¹⁰⁴ O delegante só pode confiar no desempenho adequado das tarefas atribuídas ao delegado quando cumprir seus deveres de escolha adequada do delegado, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais para o desempenho das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão sobre seu desempenho.

13 - Na delegação de tarefas de vigilância, há gradação na intensidade dos deveres do garantidor. Os delegantes mais próximos da execução da tarefa têm deveres de supervisão ativa, sendo exigível a realização de tarefas ativas de supervisão de modo ordinário e periódico. Delegantes mais distantes têm apenas deveres de supervisão reativa, exigindo-se uma reação diante de indícios de que está em andamento uma situação de perigo.

104 ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 170

3.2.3 A posição de garantidor do Compliance Officer

No que concerne especificamente à posição de garante do *compliance officer*, vale, desde logo, apontar que a mera existência do *compliance* não implica automática transferência da posição de garantidor, e a extensão de seus deveres – e, portanto, de suas responsabilidades –, dependerá da conformação da função de *compliance* no caso concreto. A conformação do setor de cumprimento de uma empresa pode apresentar extensão e características diversas. Ao *compliance officer* pode-se delegar, por exemplo, tão somente os deveres de mapeamento dos riscos, levantamento e acompanhamento de informações sobre as atividades potencialmente arriscadas de cada setor da empresa ou ainda lhe conferir poderes executivos, para que, além da detecção, possa realizar a correção necessária. A empresa pode ter um setor próprio de *compliance* ou pode contratar uma consultoria externa. Seguem-se assim centenas de possibilidade de conformações, cujos reflexos em termos de responsabilidade penal não comportam uma única resposta.

Em vista de tal realidade, não se pode fazer uma afirmação apriorística quanto à existência ou não da posição de garantidor na pessoa do encarregado de vigilância, ou mesmo avançar sobre o tema de seus deveres, sem ter em conta a forma concretamente adotada para conformar o desempenho da função de vigilância na empresa¹⁰⁵. Diante disso, quando presentes os programas de *compliance*, os efeitos da delegação, tanto para o delegante quanto para o delegado, nas situações que se caracterizam como omissão imprópria, também se mostram como ponto a ser analisado na aferição da tipicidade subjetiva.

E conforme adverte Silveira¹⁰⁶, mesmo tendo em conta a possibilidade de delegação de responsabilidades (também penais) em sede empresarial, é de se observar que isso não importa em pura e simples cessão completa de responsabilidades. Há de se buscar um referencial dogmático, que explique quando se justifica uma imputação e quando se justifica um afastamento de responsabilidade. Além disso, os atos formais de constituição do *compliance officer* – o contrato, por exemplo – não implicam automática assunção de responsabilidade, que somente se verifica com a manifestação daquelas atribuições no plano fático. Assim, se é possível afirmar que há constituição de nova posição de garantia na pessoa do *compliance officer* – que se torna garantidor por delegação, também denominado de garantidor secundário –, também se pode afirmar que o

105 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.214.

106 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.155-156.

compliance officer não se torna necessariamente responsável por evitar todo e qualquer ilícito que possa se operar em uma empresa, nem se encontra imune de responsabilização o garante originário.

A extensão da delegação, portanto, e o que efetivamente assumido no plano fático, dará o norte das responsabilidades, inclusive penais, do *compliance officer*, remanescendo ao garantidor originário os deveres de adequada seleção do delegado; de lhe municiar com formação e informações necessárias ao desempenho da função, conferindo-lhe ainda os instrumentos econômicos e materiais necessários, bem como mantendo vigilância sobre as funções delegadas. Logo, conclui-se que, embora não se possa ter uma resposta genérica, aplicável a todos os casos, quanto à extensão da responsabilidade da posição de garantidor do *compliance officer*, pode-se, porém, afirmar que em todos os casos a análise deve partir, necessariamente, da verificação dos concretos feixes de atribuições delegadas e sua conformação no plano fático, sem descurar ainda do que remanesce ao delegante.

3.3 Demais pressupostos objetivos da omissão imprópria

3.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir

Parte da doutrina nacional¹⁰⁷, a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º, do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) a omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Há ainda outra corrente que defende serem necessárias para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado¹⁰⁸. Assim, constatado o resultado típico, a determinação da posição de garantidor é apenas o primeiro passo para a afirmação da responsabilidade, havendo que se perquirir sobre o preenchimento dos demais pressupostos objetivos para, então, avançar-se na análise da tipicidade subjetiva e dos demais elementos que compõem o conceito tripartite de crime.

O art. 13 do Código Penal inicia sua redação com a menção a *resultado*. Assim, há que se perquirir de que resultado se trata, havendo predominantemente duas correntes que respondem de forma diversa a esse

¹⁰⁷ Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183.

¹⁰⁸ Nesse sentido os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, nas obras já citadas.

questionamento: uma no sentido de que o resultado se refere à efetiva alteração do mundo material, ou seja, a resultado naturalístico; outra que compreende o resultado como acontecer típico. Para essa primeira corrente, não seria possível, portanto, a violação de tipos penais de mera conduta por meio da omissão imprópria, solução que difere se adotada a segunda corrente. Para Estellita, o legislador empregou a expressão *resultado* com significado semântico diverso, ora designando um evento naturalístico espaço-temporalmente separado da conduta, ora como acontecimento típico. Para a referida autora, parece sustentável que o termo *resultado* utilizado no §2º do art. 13 seja interpretado como ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico, e sendo os tipos penais molduras descritoras de condutas perigosas para bens jurídicos, o *resultado* nada mais seria que um *acontecimento típico*¹⁰⁹.

Assim, pode-se sustentar que o dever de agir para impedir o *resultado* possa ser traduzido no dever de evitar que alguém, na iminência de praticar uma conduta típica, afete o bem jurídico, não havendo, portanto, impedimento ao reconhecimento da prática de crimes de mera atividade por meio da omissão imprópria. Como exemplo, pode ser pensado o caso em que o sócio administrador – garante, portanto – intencionalmente deixa de impedir que um funcionário ofereça vantagem a um servidor público (art. 333, CP) para que a empresa seja favorecida em uma licitação.

Esse *dever de agir* imposto ao garante surge quando se constata o risco de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, impondo-lhe a obrigação de realizar uma conduta determinada em benefício de um bem concretamente ameaçado; não se trata, portanto, de um dever abstrato. Logo, é a situação de perigo para o bem jurídico que faz surgir o *dever de agir*, que, por outro lado, também está atrelado à possibilidade jurídica de agir e à capacidade físico real de poder fazê-lo. Nesse ponto, é pertinente a reflexão sobre os impactos do *compliance*.

Nas empresas de médio e grande porte, na maioria das vezes, os eventos e condutas que levam a resultados danosos não ocorrem na presença daqueles que estão na posição de garante, os quais, por sua vez, dependem de um adequado fluxo de informações nesse ambiente para a tomada de decisões e a realização de ações de forma temporalmente suficiente ao impedimento desses resultados.

O garante tem, por outro lado, o dever de buscar essas informações, não podendo simplesmente alegar que os fatos não chegaram ao seu conhecimento ou mesmo criar barreiras a essa chegada.

109 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.238.

Quando da implementação de um setor de *compliance*, há delegação dos deveres de vigilância, com possibilidade de criação de nova posição de garantia no agente delegado, subsistindo ao garantidor originário aqueles deveres já anteriormente pontuados. Mas, adequadamente implantado e não se tratando de *compliance* de fachada, deve ser verificado se, no caso concreto, a situação de perigo que aciona o dever de agir, de fato, chegou ao conhecimento do garantidor com poderes executivos/diretivos para impedi-lo, ou mesmo se tais poderes foram delegados ao *compliance officer*, pois, conforme também já destacado nos itens anteriores, várias podem ser as configurações dos feixes concretos de atuação delegados a tais profissionais.

Por fim, esse dever concreto de agir também é determinado pelo tipo concretamente violado, de modo a se poder analisar qual(is) era(m) a(s) conduta(s) que se poderia exigir do garante e que foi omitida. Podem-se extrair os seguintes exemplos da doutrina: se se trata de estelionato, o garantidor deve agir para evitar o dano patrimonial (art. 171, CPB); se se trata de crime ambiental de poluição, deve agir para evitar a mortandade de animais ou a destruição da flora (art. 54, Lei 9.605/98); se de corrupção ativa, para que não seja feita a oferta ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público (art. 333, CPB), etc.¹¹⁰

3.3.2 Causalidade e imputação objetiva

Conforme anteriormente apontado, parte da doutrina defende que a causalidade e a imputação objetiva também integram o tipo objetivo da omissão imprópria. Discute-se ainda se há uma verdadeira causalidade na omissão (naturalística), ou se esta seria tão somente normativa. O tema tem suscitado debates e existem monografias específicas¹¹¹, de modo que aqui será preterido maior esforço argumentativo para somente apresentar as principais teorias existentes, visto que a opção por um ou outro caminho impacta a subsequente análise subjetiva, especialmente na admissão do dolo eventual¹¹². Segundo Luis Greco¹¹³, acerca da causalidade entre omissão e resultado, há duas correntes principais e antagônicas. A primeira, denominada de *teoria da inevitabilidade*, sustenta que o resultado

110 Exemplos extraídos da obra de Heloisa Estellita, já referenciada, p.252.

111 Cf. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016; GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

112 Conferir item 3.4.1 do capítulo 3

113 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Em sentido contrário, a chamada *teoria da diminuição do risco* contenta-se com a criação de uma chance de salvamento. Ainda conforme Greco¹¹⁴:

A opinião majoritária, que *rejeita autêntica causalidade nas omissões*, reporta-se, sobretudo, ao brocardo latino *ex nihilo nihil fit*: uma omissão, como um nada, também nada faz surgir [...]. A corrente contrária responde que essa concepção, se baseia em uma misteriosa compreensão da causalidade como força eficiente, compreensão que desconhece que a causalidade é simplesmente uma relação condicional lógica. Omissões, assim como comissões, poderiam constituir uma condição, a saber, uma condição negativa, de modo que nada impediria fosse elas consideradas causa.

Tal discussão se limita aos crimes omissivos impróprios, porquanto esses são delitos de resultado, ao passo que os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, cuja tipicidade objetiva se perfaz com a omissão da ação devida, prescindindo do resultado naturalístico.

O Direito brasileiro adotou, conforme se depreende do *caput* do art. 13 do CP, a Teoria da Equivalência das Condições. Todo evento que concorre para o resultado é considerado causa dele. Não há sentido, pois, em se diferenciar causa do resultado e condição do resultado, porque todas elas são consideradas igualmente necessárias para a ocorrência do multirreferido resultado¹¹⁵. Ademais, no *caput* do mencionado artigo, o legislador optou por igualar, normativamente, ação e omissão, dizendo que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Segundo parte da doutrina¹¹⁶, a teoria da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios seria aplicada com um raciocínio hipotético em sentido inverso do realizado nos crimes omissivos. Assim, se acrescentaria hipoteticamente a conduta omitida e se verificaria se o resultado teria sido eliminado. Se o resultado persistir, não se reconhecerá a relação de causalidade e, portanto, a possibilidade de responsabilidade do omitente. Nessa linha de raciocínio, a relação entre resultado típico e omissão imprópria seria denominada de nexo de evitação.

Nessa ordem de ideias, tal raciocínio se compatibiliza, portanto, com a *teoria da evitabilidade*. Como outra vertente, a *teoria da diminuição do risco não exige probabilidade próxima da certeza, mas apenas que a*

114 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.18.

115 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1. p.44.

116 Ronan Rocha, na obra já referenciada, aponta os seguintes autores como alguns dos defensores desse posicionamento: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; p.176; ROXIN, Claus; RUDOLPHI, Hans-Joachim; FRISTER, Johannes, dentre outros.

omissão da ação devida tenha diminuído ou eliminado as chances de salvamento do bem juridicamente protegido.

Greco defende essa vertente, aduzindo que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e, frente a ela, não há nenhuma objeção decisiva¹¹⁷. Ainda segundo o professor da Universidade Humboldt, dois principais argumentos podem ser opostos à *teoria da evitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado; isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária.

A teoria da imputação objetiva, por sua vez, desenvolvida na atualidade principalmente por Claus Roxin, tem como suporte a criação ou o incremento de risco proibido relevante em relação a um bem juridicamente protegido. Segundo o professor alemão, “pode-se, portanto, dizer, resumidamente, que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo (criado pelo autor) não amparado por um risco permitido e compreendido pelo alcance ao tipo penal”¹¹⁸. Tem-se, portanto, três planos de exigências: criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido e alcance do tipo. A teoria foi criada a partir da ideia de uma limitação normativa ao nexo de causalidade, evitando-se o regresso *ad infinitum* que muitos atribuem à teoria da *conditio sine qua non*. Não obstante, a maioria dos exemplos¹¹⁹ que são trazidos pela doutrina como situações problemáticas se adotada a teoria da equivalência dos antecedentes causais pode ser resolvida no plano subjetivo, ou seja, pelo alcance da vontade e finalidade da conduta do agente.

Além disso, deve-se ter em conta a realidade legislativa em que a teoria foi desenvolvida, uma vez que o artigo do Código Penal Alemão¹²⁰ *não possui disposições semelhantes àsquelas previstas nos parágrafos 1º e*

117 GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

118 ROXIN, Claus *apud* ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p.51.

119 Vide, a título de exemplo, as críticas e exemplos trazidos por Santiago Mir Puig. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.186-197.

120 O §13 do Código Penal Alemão dispõe: “Quem omite impedir a consumação de um tipo penal, será apenado segundo este Código, sempre que juridicamente tenha que responder porque não se produza a consumação e quanto o omitir corresponda à realização de um tipo penal através de um fazer”. Tradução extraída de BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.56

2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro, que tratam, respectivamente, da limitação do nexo de causalidade diante da existência de concausas relativamente independentes e das posições de garantidores.

Diante disso, o raciocínio que se desenvolve no item seguinte, acerca dos reflexos do *compliance*, parte da consideração do perfazimento do tipo objetivo com a existência da situação de perigo para o bem jurídico, a omissão da ação devida, o resultado típico, a posição de garantidor e a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Quanto à causalidade, contenta-se com a diminuição risco para, no passo seguinte, ou seja, o tipo subjetivo, analisar como os programas de conformidade podem influir na formação do conhecimento e da vontade como elementos necessários à conformação do dolo.

4. Compliance e tipicidade subjetiva

Depois de sistematizarmos nos itens anteriores um pouco do que existe na doutrina sobre os pressupostos objetivos da omissão própria, bem como as definições e finalidades do *compliance*, debruçamo-nos agora sobre o objetivo principal do presente estudo: analisar os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor. Assim, repisamos a hipótese apresentada na introdução: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omisivo ao garante quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito – aqui entendido como um Estado submetido ao império das leis e da Constituição, onde o Direito Penal é empregado não apenas para a proteção de bens jurídicos, mas como limitador do poder estatal sobre a liberdade dos cidadãos –, é imprescindível o conceito de tipicidade como instrumento de garantia e pressuposto do cumprimento do princípio da legalidade. Nesse sentido, são as palavras de Cláudio Brandão¹²¹:

A tipicidade é cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem a função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista em lei; dessarte a necessidade de adequação da conduta à lei *garante a não incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas*.

121 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 164.

Desde o paradigma Finalista, o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade, que passou a ter dois aspectos¹²²: o objetivo e o subjetivo. Os requisitos da tipicidade objetiva na omissão própria já foram abordados no item anterior. Analisaremos agora a tipicidade subjetiva, e, apesar de o estudo do dolo já ter sido revisitado inúmeras vezes pela doutrina nacional e estrangeira, acredita-se que ainda há espaço para uma abordagem no presente trabalho, tendo em vista que a modificação dos dados da realidade pode comprometer ou apresentar nuances diversas para sua aferição, como é o caso do *compliance*.

4.1 Elemento subjetivo no Finalismo

Sendo a ação humana a pedra angular da Teoria do Crime¹²³, Hans Wezel acabou por realinhar toda a teoria do delito ao modificar a compreensão da conduta humana. No desenvolvimento de sua teoria, o professor da Universidade de Bonn manteve a estrutura tripartite do delito (tipicidade, anti-juridicidade e culpabilidade), mas reordenou seus elementos, alargando o conteúdo da tipicidade, nela incluindo o dolo e a culpa, antes componentes da culpabilidade. Acerca da conduta humana, discorre Wezel¹²⁴:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.

Segundo aponta Wezel, o ponto de partida equivocado da doutrina da ação causal tem consequências de grande transcendência na teoria do delito. Segundo o jurista alemão, nos delitos dolosos, a teoria causalis-

122 Wezel sustentava que o tipo objetivo não é objetivo no sentido de alheio ao subjetivo, mas no sentido de *objetivado*, compreendo aquilo do tipo que tem que ser encontrado objetivado no mundo exterior. WEZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372.

123 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ªed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p.135.

124 WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.27, grifos no original.

ta¹²⁵ desconhece que o dolo é uma espécie de vontade final de realização, a saber, a vontade final de realização “das circunstâncias de fato de um tipo legal”; que o dolo, por conseguinte, como *elemento da ação*, é já parte integrante da *ação* típica e que esta se compõe, portanto, de elementos objetivos (externos) e subjetivos (anímicos)¹²⁶.

Como o Direito Penal não cria o conceito de conduta humana, mas o retira do mundo fenomênico dos fatos¹²⁷, e como o agir humano é regido por sua vontade, os estudos de Wezel – ao alargar o conteúdo da tipicidade, nela introduzindo o elemento subjetivo –, contribuíram fortemente para a consolidação da tipicidade como instrumento de limitação¹²⁸ do atuar punitivo do Estado. A vontade dirigida a um fim, em sentido técnico-jurídico, é a própria forma normal de dolo. Desse modo, a ação que realiza um tipo legal de crime precisa conformar-se tanto objetiva como subjetivamente com a tipicidade finalista que o Direito Penal absorveu a partir das teorizações de Wezel¹²⁹. Nessa perspectiva, adotando nosso Código Penal a Teoria Finalista¹³⁰, e não sendo possível dissociar o elemento subjetivo da tipicidade, somente com o preenchimento pela conduta (comissiva ou omissiva) de ambos os seus aspectos (objetivo e subjetivo) é que se permite avançar no método¹³¹ penal para analisar a coexistência

125 Para a teoria causalista, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior decorrente de uma volição. [...] A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.137-138.

126 WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.36, grifos no original.

127 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.135.

128 Conforme Brandão, através da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao estágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática. Dizia Wezel que “se desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual, crescemos, recerando os seus limites”. WEZEL, Hans *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.138.

129 COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.59.

130 Isso pode ser constatado, por exemplo, com a redação do artigo 20, a partir da reforma da parte geral do CP, realizada pela Lei 7.209/84: *O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei*. O dolo, na lei brasileira, portanto, encontra-se no tipo.

131 A teoria do crime, ao estabelecer critérios de identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representada um *método*, pois funciona como o “caminho” para se chegar ao seu conceito”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2015. p.188. Assim, percorrendo o método penal, o primeiro elemento a ser analisado para se caracterizar uma conduta como crime é a tipicidade e (e somente se) tal juízo de adequação for realizado, é que se realizam os juízos posteriores. Logo, o preenchimento de cada elemento é condição e pressuposto para a análise dos demais.

dos demais componentes do crime (antijuridicidade e culpabilidade) e, portanto, se afirmar a possibilidade de aplicação de pena.

4.2 As teorias do dolo

Um estudo aprofundado sobre as teorias do dolo abarcaria a abordagem das teorias volitivas e cognitivas do dolo, o que não é propriamente o objetivo do presente trabalho¹³². Em apertadíssima síntese, para as teorias volitivas, o dolo é composto pela representação e pela vontade. Para as teorias cognitivas, seria suficiente a representação, sem vontade psicológica, bastando uma atribuição normativa da vontade. Em que pese a existência dessa discussão sobre o elemento volitivo ser ou não necessário a configuração do dolo, em nosso país não se trata de mera exigência doutrinária ou jurisprudencial, mas decorre de expressa previsão legal nos arts. 18, inciso I, e 20, *caput*, do Código Penal. O legislador brasileiro optou pela definição do dolo, prevendo que o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art.18, I, CP).

O dolo é definido pela maior parte da doutrina brasileira como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade¹³³. A consciência é o conhecimento, é a possibilidade de representação do que é querido, sendo, portanto, a moldura da vontade. A primeira modalidade de dolo (querer o resultado) é chamada de dolo direto. Adotou-se aqui a teoria da vontade, porque identifica o dolo com a intenção¹³⁴. A segunda modalidade de dolo (assumir o risco de produzir o resultado) é chamada de dolo eventual. Com relação a essa modalidade de dolo, adotou-se a teoria do consentimento, que afirma haver o dolo sempre que o agente representar mentalmente o resultado e consentir com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo¹³⁵. O querer é a estrutura que dirige finalisticamente a conduta e representa a forma normal de dolo. A definição legal do instituto, portanto, traduz no plano positivo a concepção da teoria finalista¹³⁶.

132 Remetemos aqui o leitor as obras de COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

133 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.172.

134 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.69

135 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.70

136 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.66

4.3 Espécies de dolo

A conceituação de dolo trazida pelo mencionado art. 18 do CP englobou as duas espécies de dolo, ou seja, o dolo direto e o indireto, também chamado de eventual. No dolo *direto*, o agente *quer* o resultado representado como fim de sua ação. O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido¹³⁷.

O dolo direto pode ser classificado como dolo de primeiro grau ou dolo de segundo grau. O dolo direto de primeiro grau diz respeito ao fim pretendido pelo agente como resultado de sua conduta. O dolo direto de segundo grau diz respeito aos danos colaterais necessários à obtenção do fim pretendido pelo agente, efeitos esses previstos e aceitos pelo agente, embora não necessariamente queridos. No dolo eventual, o agente prevê o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo por considerar mais importante sua ação que o resultado¹³⁸.

Para Wezel, o dolo eventual se situa na linha intermediária entre a possibilidade e a probabilidade absoluta, logo, o sujeito não confia no poder de evitação do resultado, ao contrário, ao adotar uma desídia em face de sua realização, assume o risco de produzi-lo¹³⁹. Qualquer modalidade de dolo implica a criação de risco desaprovado ao bem jurídico. No dolo direto, essa criação é consciente e voltada à obtenção do fim pretendido. No dolo eventual, o risco também é consciente, embora o agente não queira o resultado, mas se porta de forma indiferente a ele, prosseguindo na conduta desejada. Embora o legislador tenha optado pela definição do dolo, trazendo-o expressamente no Código Penal, como alhures mencionado, não define, contudo, em relação ao dolo eventual, no que consiste a *assunção do risco*, dependendo tal conceito de valoração do intérprete.

Eduardo Viana, depois de analisar diversas decisões dos tribunais superiores brasileiros, afirma que em tais decisões não há clara precisão do que se entende por assunção de risco¹⁴⁰. Segundo o autor:

137 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372, grifos no original

138 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.374, grifos no original

139 WEZEL, Hans *apud* COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.117.

140 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355.

Ressalvadas algumas tímidas tentativas de concretização de assunção de risco como sinal de indiferença em relação ao bem jurídico, é bastante comum encontrar somente a referência de que a configuração do dolo consiste na vontade livre e consciente de expor a perigo com o conhecimento de que sua conduta poderá acarretar o resultado. Em uma sentença¹⁴¹: “O *dolo*, embora eventual, é sempre *dolo*, ou seja, há o fato volitivo”. Mas é de se perguntar, o que significa exatamente essa assunção do risco? Se assumir o risco é correr o risco de uma possível lesão ao bem jurídico, a questão se torna problemática quando o caso a ser valorado envolver pessoas que estão acostumadas a situações de risco¹⁴².

Prosseguindo nas pertinentes críticas, Viana ainda adverte que, além da ausência de concretização do substitutivo do querer, no caso, a *assunção do risco*, os tribunais também não apontam indicadores para a intensidade do perigo criado e, depois de trazer exemplos que contextualizaram tal problemática, conclui que:

A rigor, se se quiser insistir no dolo como vontade, a jurisprudência precisa(ria) tomar posição sobre dois pontos distintos: *primeiro*, explicar o que se entende por assunção do risco; *depois*, identificar que nível de intensidade do risco precisa ser reconhecido pelo agente para que se possa falar em dolo. Enquanto isso não é feito, e para seguir rigorosa e cientificamente a jurisprudência dos tribunais temos que admitir que a representação de qualquer risco já implique imputação a título de dolo eventual, ou, no mínimo, uma tentativa. Resultado: a pretexto de limitação do âmbito do dolo recorrendo-se à vontade, os tribunais terminam por expandi-la. Bem se vê que há muito o que concretizar. Por enquanto, a fórmula do dolo como assunção do risco, tal como aplicada pelos tribunais, expressa um rigoroso deserto conceitual¹⁴³.

Essa falta de definição de critérios seguros pela jurisprudência brasileira também é denunciada por Colen¹⁴⁴, para quem a prática jurídica revela indesejável insegurança e elasticidade na identificação do dolo eventual. Para a hipótese trabalhada no presente estudo, tal aspecto, ou seja, a compreensão dos limites da assunção do risco, se mostra relevante, na medida em que o *compliance* tem justamente a finalidade de mapear os riscos nas atividades empresariais, mantendo-os dentro dos limites legalmente permitidos.

141 STF: HC 114223 – SP, rel. Min. Teori Zavaski, p.3, nota do autor

142 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355, grifos no original

143 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.357, grifos no original

144 COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.130.

Nesse ponto – e até em termos semânticos – risco é a probabilidade do perigo. Assim, compreendemos que a assunção do risco para a produção do resultado, presente na definição legal de dolo eventual, seria a potencialização do perigo para o bem jurídico penalmente tutelado na essência do tipo penal¹⁴⁵. Além dessa dificuldade de compreensão e delimitação do conteúdo da assunção e da intensidade do risco no dolo eventual, há também grande zona de tensão na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente.

Segundo Juarez Tavares, a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente* continua sendo um dos pontos mais controvertidos e nefrálgicos da teoria do delito¹⁴⁶. Para o referido autor, para se estabelecer essa distinção, deve-se partir de dois pressupostos: o primeiro, de que o dolo eventual é, legalmente, equiparado ao dolo direto em relação aos seus efeitos, o que quer dizer que no dolo eventual deve haver um grau de intensidade no tocante ao processo de produção do resultado que tenha carga equivalente à do dolo direto¹⁴⁷. Tavares ainda explica que isso leva à conclusão de que o dolo eventual deve ter uma base normativa que justifique sua inclusão no âmbito volitivo do sujeito, e que essa equivalência faz cair por terra qualquer teoria que pretenda equacioná-lo exclusivamente nos amplos limites de seu elemento intelectual.

O segundo pressuposto é de que no dolo eventual o agente deve ter *refletido* e estar *consciente* acerca da *possibilidade* da realização do tipo¹⁴⁸ e, segundo o seu plano para o fato, se tenha colocado de acordo com o fato de que, com sua ação, produzirá uma lesão ao bem jurídico¹⁴⁹. Ainda prosseguindo nos ensinamentos de Tavares, na culpa consciente, o agente também está ciente da possibilidade de realização do tipo, mas como não se colocou de acordo com a produção do resultado lesivo, espera poder evitá-lo ou confia na sua não ocorrência. A distinção, assim, deve processar-se no plano volitivo e não apenas no plano intelectual do agente¹⁵⁰.

Na culpa consciente, o agente acredita de modo sincero que conseguirá evitar o resultado previsto, mas não o aceita como possível, adotando as medidas que entende como adequadas. No dolo eventual, o agente

145 Cf. COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.

146 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

147 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

148 Tavares explica que essa é uma nota comum a todas as teorias que pretendem estabelecer critérios de diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346, grifos no original.

149 ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

150 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.347.

até pode torcer para que o resultado não ocorra, mas não age de modo especial e, sendo seu objetivo a ação em si, tolera que resultados danosos possam advir. Tal diferenciação, nem sempre simples, repita-se, é de extrema relevância na práxis, tendo em vista a diferença de intensidade da resposta punitiva estatal diante de ações dolosas e culposas, além do fato de que apenas uma pequena parcela dos crimes da parte especial do Código Penal e da legislação esparsa tem natureza culposa. Nessas situações limite, o *compliance* poderá ser decisivo para determinar a fronteira da imputação subjetiva.

4.4 O dolo na omissão imprópria

Como já mencionado no item anterior, a conformação da conduta humana ao que se denomina de omissão imprópria possui características peculiares, uma vez que, enquanto nos crimes comissivos e omissivos próprios a verificação da tipicidade se dá com a subsunção da conduta a um dispositivo da parte especial¹⁵¹, a omissão imprópria demanda a conjugação de um tipo comissivo, com as disposições do art. 13 do CP. Tal diferença de estrutura do tipo objetivo acaba por refletir na análise do tipo subjetivo, visto que o conhecimento do agente também deverá abranger a posição de garantia e a conduta necessária à evitação do resultado típico.

Segundo o próprio Wezel¹⁵²:

[...] a omissão não é própria nem a causalidade nem a finalidade (atual), por isso falta uma vontade de realização orientada a um omitir, e com isto falta também um dolo de fato, no sentido dos delitos de comissão. O que se costuma denominar omissão querida é, na realidade, um omitir consciente, uma omissão com a consciência de poder atuar.

A ação se realiza no mundo real, isto é, no mundo exterior, assim chamado em oposição ao plano interior do agente, isto é, o plano da subjetividade, da consciência da vontade. O que acontece no mundo exterior é percebido pelos órgãos do sentido e pode ser descrito¹⁵³. Por outro lado, é impossível se aferir diretamente a atitude interna do indivíduo por meio

151 Salvo, é claro, as hipóteses de concurso de agentes e modalidade tentada, que também dependerá da conjugação com normas da parte geral do CP.

152 WEZEL, Hans *apud* BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.94

153 BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Ed. Almedina, 2015.

dos sentidos, e a análise de sua intenção (plano subjetivo) também partirá da conduta, ou seja, a partir do plano objetivo, se atribuirá a direção da vontade e a existência ou não do dolo.

Não sem motivo, Mir Puig¹⁵⁴ adverte acerca da relação de interdependência entre os aspectos objetivo e subjetivo da tipicidade, aduzindo que tal distinção é relativa. A parte objetiva do tipo depende de elementos subjetivos, como o conhecimento que o sujeito possui da situação e da intenção por ele manifestada. O autor afirma ainda que se poderia questionar a correção de tal distinção, talvez reminiscência a ser superada da divisão causalista do delito em uma parte objetiva e outra subjetiva. Ainda segundo Mir Puig, se for mantida a divisão, por razões pedagógicas, deve-se entendê-la de forma flexível e com a condição de que se advirta acerca da interdependência entre o objetivo e o subjetivo.

Tome-se o exemplo do indivíduo que dispara diversas vezes contra outrem. Ainda que não logre atingir, ferir ou matar seu alvo, tal circunstância (objetiva) – modo de agir, disparando diversas vezes – leva à conclusão de que sua intenção era homicida. Ocorre que tal constatação – do objetivo para se chegar ao subjetivo – encontra especial dificuldade na omissão, visto que se estará diante de uma inação daquele que, se encontrando na posição de garantidor, deixa de realizar a ação esperada e exigida para a evitação do resultado danoso. Como leciona Juarez Tavares:

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza. É insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a conduta omitida, como queria Wezel. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.¹⁵⁵

Sintetizando ainda os requisitos trazidos por Tavares para análise da imputação subjetiva nos crimes omissivos, temos que o omitente deve conhecer todas as circunstâncias que compõem a chamada situação típica e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamen-

154 MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.183.

155 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393

tam sua posição de garantidor. Em relação à ocorrência do resultado, o omitente deve saber, diante das circunstâncias objetivas que são apresentadas, que o resultado típico irá acontecer, qual conduta deve realizar dentro das atividades possíveis e representar que, com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, com probabilidade nos limites da certeza¹⁵⁶.

Para Bierrenbach¹⁵⁷, a vontade, integrante do dolo, deve manifestar-se na resolução por parte do omitente de permanecer inativo, estendendo-se ao resultado descrito no tipo, no caso do dolo direto, e na aceitação do risco da superveniência do resultado, no dolo eventual. Ainda, para a autora, o dolo na omissão pode apresentar-se idêntico ao da comissão, sendo possível vislumbrar uma verdadeira finalidade no omitir.

4.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante

Diverge a doutrina acerca da admissibilidade do dolo eventual na omissão imprópria, e aqui também a interdependência entre os aspectos objetivos e subjetivos da tipicidade fica evidente quando, na análise do dolo na omissão imprópria, verifica-se o impacto direto da causalidade na aferição da compatibilidade do dolo eventual nesses casos. Para Tavares, embora o art. 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva de conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo tipo de delito, *sua fórmula de causalidade interfere também na orientação subjetiva e, pois, na imputação subjetiva*¹⁵⁸. Leciona o referido autor¹⁵⁹:

O problema em relação ao dolo eventual, quando ao sujeito seja indiferente a ocorrência do resultado ou quando ele o deixe ao acaso, tem nos delitos omissivos uma outra particularidade. A questão é como compatibilizar essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter a vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado. [...] deixar o resultado ao acaso não basta. Bastaria se fosse adotada a teoria que o sedimenta apenas na representação acerca da diminuição das chances de sua produção,

156TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393-394. Adota Tavares, quanto a causalidade omissão, a Teoria da Evitabilidade, conforme mencionado no capítulo anterior.

157 BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.95.

158 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396, grifamos

159 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396-397

caso a conduta não fosse realizada. Mas essa teoria esbarra em uma dificuldade, que é a de ajustar seu enunciado ao comando do artigo 13 do Código Penal, que não se concentra na diminuição das chances de produção do resultado, mas, sim, na sua produção concreta, como forma de orientação da conduta do sujeito.

Tavares é adepto, portanto, da teoria da inevitabilidade, em oposição à teoria da diminuição do risco, ambas já abordadas no capítulo anterior. Luis Greco, por sua vez, depois de analisar aspectos favoráveis e objeções, defende posição diversa¹⁶⁰. Sintetizando seus argumentos, dois principais podem ser opostos à *teoria da inevitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado, isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária. Em conclusão, diz Greco que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; ela é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e, frente a ela, não há nenhuma objeção decisiva¹⁶¹.

Assim, adotando-se a teoria da inevitabilidade, não se admitiria o dolo eventual. Optando-se pela teoria da diminuição do risco, o dolo eventual é admissível. Adotamos aqui este segundo entendimento, porquanto os argumentos de Greco são mais convincentes e podem ainda ser somados ao que propõe Mir Puig.

Para Mir Puig, não se trata tanto de quantificar um determinado grau de probabilidade que o sujeito deve representar quanto de se perguntar se o sujeito que prevê a possibilidade da ocorrência do resultado crê que, *em seu caso*, tal probabilidade poderá se realizar ou não. Não importa simplesmente a consciência da probabilidade *estatística*, mas o *prognóstico concreto* do que pode ocorrer naquele caso¹⁶². Além disso, contrapondo as duas figuras – dolo direto e dolo eventual –, percebemos que a distinção não reside somente na possibilidade/probabilidade de realização do resultado, mas, sobretudo, na vontade. No dolo direto, como o propósito

160 Cf. GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

161 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

162 MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 200. p.220-221

do autor é a produção do resultado, são pouco relevantes as discussões relacionadas à probabilidade. Mas a ausência de propósito direto de realização do resultado, somada a indiferença e aquiescência quanto à sua ocorrência, atrai tal comportamento ao campo do dolo eventual.

Tal percepção não difere na análise da conduta do garante. Iniciado um curso causal por terceiros do qual decorre a probabilidade de resultado danoso, o garante poderá deixar de agir porque já queria aquele resultado, aproveitando-se do agir alheio para a obtenção daquele propósito. Da mesma forma, ainda que não quisesse o resultado, mas portando-se de forma indiferente ao desdobramento do curso causal iniciado por terceiro, a despeito do dever de impedir o resultado, agirá com dolo eventual. Ademais, o dever de agir do garante não é um genérico “dever de agir para evitar o resultado”, mas, sim, um dever de praticar uma conduta determinada em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado¹⁶³.

4.4.2 Cegueira deliberada do garante

Segundo Luis Greco, quem quer importar concepções estrangeiras não apenas tem que saber o que propõe importar, mas o porquê de fazê-lo. Ele adverte que, na doutrina e, especialmente, na jurisprudência brasileira, têm sido encontradas versões caricatas de teorias estrangeiras das quais pouco mais se conserva que o nome e, com ele, uma pretensão de autoridade científica¹⁶⁴.

A discussão acerca da aplicação de tal teoria em terras brasileiras se iniciou no julgamento da ação penal envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza¹⁶⁵, ganhando mais notoriedade posteriormente com o julgamento da ação penal 470 pelo STF, que ficou conhecida como o “mensalão”. Foge ao presente estudo buscar empreender uma discussão alongada sobre a cegueira deliberada e sua pertinência, ou não, ao ordenamento jurídico brasileiro. Sua menção no presente trabalho tem por intenção demonstrar que o *compliance* pode ter um papel determinante na análise do elemento subjetivo do garantidor. Isso porque, pelo que se extrai da doutrina, o uso de tal teoria tem se dado em situações limítrofes, que englobam a sempre difícil diferenciação entre dolo eventual e culpa

163 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.295.

164 GRECO, Luis. Prefácio. LUCCHESI, G.B. *Punindo a culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. Greco direciona tal crítica não apenas a importação equivocada da cegueira deliberada, mas também da Teoria do Domínio do Fato. Nesse sentido, conferir: GRECO, Luis. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Ed. Marcial Pons.2014.

165 Ação penal nº 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal de Fortaleza

consciente, e entre a responsabilidade culposa e as ações penalmente indiferentes, tendo sido empregada muitas vezes como sucedâneo probatório do dolo ou ainda para seu alargamento, diante da dificuldade prática de demonstração do conhecimento do autor/garantidor quanto à ocorrência de elementos caracterizadores de um tipo penal.

Segundo Lucchesi, o uso descontextualizado da teoria, além de violar importantes princípios de direito comparado, acaba por ampliar o alcance do dolo, permitindo-se atingir situações que, pela teoria do dolo adotada pela legislação penal brasileira, seriam culposas¹⁶⁶. Lucchesi aponta que, com a análise do direito americano, conclui-se haver nítida inconsistência entre o que propõe a cegueira deliberada no Brasil e a regra de *willful blindness* presente nos precedentes americanos. Segundo o autor¹⁶⁷:

De um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. De outro lado, a jurisprudência brasileira convencionou aplicar cegueira deliberada a partir do reconhecimento de dolo eventual quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, sendo possível a alternativa.

O autor argumenta que, embora os enunciados contenham pontos em comum, há diferenças suficientes entre os conceitos para se verificar que não se trata da mesma coisa, sendo aplicados com finalidades distintas, não havendo identidade entre tais categorias, apesar de certa insistência da jurisprudência nacional¹⁶⁸.

166 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.24. Lucchesi realizou análise de dezenas de julgados acerca da aplicação da teoria no Brasil, tendo concluído que a jurisprudência é protagonista no processo de introdução e de desenvolvimento da cegueira deliberada no país, visto que o crescimento da aplicação da teoria pela jurisprudência brasileira se deu pela retroalimentação de decisões judiciais, sendo os precedentes judiciais a principal fonte de referência das decisões. O autor ainda aponta que há baixíssimo índice de referência acadêmico-doutrinárias nas decisões, predominando citações de texto sem caráter científico ou profundidade acadêmica, como artigos de internet ou trabalhos de conclusão de curso de graduação. Segundo ainda o que Lucchesi conclui, as bases para a construção da cegueira deliberada são instáveis, havendo diversos equívocos nas decisões analisadas, tal como o uso da teoria quando a própria jurisprudência exige a demonstração do dolo direto.

167 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

168 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

Posição diversa é sustentada por Spencer Toth Sydow, que, apesar de criticar fortemente a forma como a teoria foi introduzida e tem sido aplicada no Brasil¹⁶⁹, admite a possibilidade de sua adequação à nossa realidade, desde que se estabeleçam critérios mais claros. Para Sydow, a figura do dolo eventual mostra-se precedente à da cegueira deliberada, porém insuficiente para resolver toda a problemática possível. O autor propõe assim o estabelecimento de oito critérios, acrescentando e alterando critérios que são propostos por Ragués I Vallès¹⁷⁰ na Espanha. Para Sydow, os requisitos para aplicação dogmatizada da teoria levariam em conta esses elementos:

- 1 – Deve-se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido;
- 2 – Tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- 3 – O agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido;
- 4 – Deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações;
- 5 – É necessário identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento;
- 6 – Ausência de garantia constitucional afastadora dos deveres de cuidado;
- 7 – Ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada;
- 8 – Ausência de circunstância de ação neutra.

169 Segundo Sydow, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Espanhol, baseado em leituras rasas da teoria, inicia a aplicação da teoria de modo contraditório e caótico, o que em terras espanholas teria sofrido críticas da doutrina, a exemplo das lançadas por Ragués I Vallès. Ainda segundo o autor, o Brasil, influenciado pelos julgados, inicia uma leitura espanhola dele, citando como exemplo, a menção a decisão do Tribunal Espanhol nº 33/2005. Assim, os julgadores brasileiros estariam interpretando a teoria a partir da lente dogmática europeia e equiparando o elemento subjetivo ao dolo eventual de modo inadequado. O autor ainda acredita que a problemática se inicia na ausência de estudos dedicados à evolução da teoria norte americana, seguida da incorreta interpretação dela pelos tribunais espanhóis, problemática que se acentua por ser trazida para o Brasil cuja realidade dogmática no que diz respeito ao trato do dolo também é diferente da espanhola. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.211-212. O uso dessa específica decisão do Supremo Tribunal Espanhol (nº 33/2005) pela jurisprudência brasileira, também apontada por Lucchesi, na obra já referenciada.

170 Como mencionado na nota anterior, o autor traz como referência a Espanha, posto que, segundo ele, no Brasil se estaria dando a teoria os mesmos contornos dados naquele país. Os critérios de Ragués I Vallès são: a) existência de uma suspeita prévia, mas não a consciência do elemento do tipo; b) a possibilidade de o agente obter a informação, sem riscos próprios, e a decisão de permanecer ignorante; c) a possibilidade de informação; d) o dever de conhecimento; e) uma motivação para manter-se em desconhecimento. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon *apud* SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.257.

A par de não se aprofundar na análise da pertinência da teoria, tomando partido da discussão quanto ao seu cabimento em terras brasileiras, mas levando em conta os requisitos admitidos por Sydow para sua aplicação, nota-se que grande parte deles está relacionada ao conhecimento, à ciência de circunstâncias fáticas e do dever de agir. Ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

Muitas vezes e especialmente em empresas de médio e grande porte, haverá uma grande distância entre o agente garantidor e a situação típica que demanda sua intervenção. Disso resulta que os canais internos de comunicação do *compliance* (que devem ser destinados não apenas a denúncias) devem servir para eliminar ou reduzir tais distâncias, de modo a permitir que as situações cheguem ao conhecimento daquele que tem o poder e dever de agir.

O *compliance* tem por finalidade justamente aprimorar dentro das empresas o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo, até porque essas situações podem levar não apenas a danos a bens ou interesses de terceiros, mas também a interesses da própria empresa. Em outras palavras, o conhecimento (possível) de fatos que se desenrolam nas atividades sob o âmbito de responsabilidade do sujeito lhe é disponível, cabendo a ele escolher obtê-lo ou não. É claro que não se ignora que a realidade e o agir humano são vastos e complexos, não sendo possível se conhecer tudo em absoluto. A afirmação aqui posta diz respeito à possibilidade de o sujeito responsável buscar o conhecimento afeto às atividades-fim da empresa e sobre as fontes de perigo que deve controlar. Assim, à luz da teoria, se o programa de conformidade não está sendo empregado apenas para atender eventuais exigências formais do mercado, mas, ao revés, realmente busca uma efetividade na prevenção e contenção de riscos, não há porque se atribuir dolo, lançando-se mão da cegueira deliberada, visto que o garante, por meio do *compliance*, pode demonstrar a adoção das providências que lhe eram possíveis naquele contexto fático.

Por outro lado, se for demonstrado que o *compliance* era de fachada¹⁷¹, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para

171 Sobre parâmetros de efetividade do *compliance*, remetemos ao primeiro capítulo, item 1.3.4

evitar danos, sendo campo propício à aplicação da teoria em comento. Logo, o que se conclui é que, admitindo-se a aplicação da teoria, seu cabimento em relação ao agente garantidor está relacionado às hipóteses em que ele intencionalmente deixa, de forma consciente, de buscar o conhecimento que lhe é acessível, o que, por outro lado, acaba por colocar em xeque a real necessidade da teoria, uma vez que tais situações seriam abrangidas pelo dolo (direto ou eventual) e a aplicação da cegueira deliberada seria, parafraseando Lucchesi, mero adorno retórico.

4.5 Influência do compliance na aferição da tipicidade subjetiva

4.5.1 Compliance e o dolo

A imputação subjetiva é fundamental para o atendimento do axioma *nullum crimen, sine culpa*¹⁷². Segundo Ferrajoli nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade, por uma pessoa capaz de compreender e de querer¹⁷³. A exigência do aspecto subjetivo da responsabilidade penal tem por fim, basicamente, o não reconhecimento do caráter criminoso do fato, pura e simplesmente, no mal causado, com independência de qualquer ligação subjetiva do indivíduo com o acontecido¹⁷⁴. Sobre sua importância, vale citar as palavras de Figueiredo Dias¹⁷⁵:

Se a exigência de culpa não é a única forma pensável de defesa da dignidade da pessoa, ela é, em todo o caso, a mais perfeita e mais forte com que o pensamento jurídico-penal do Estado de Direito até

172 Importante diferenciar a culpabilidade enquanto princípio, da culpabilidade como parte integrante do conceito tripartite de crime. Como ensina Brandão: "Como princípio, a culpabilidade será tida como um feixe de regras, que possibilitam a própria interpretação da lei penal. O sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro e destinatário das regras do Direito Penal, portanto, somente podemos compreender esse princípio se situarmos a própria conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no Direito Penal". BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.115. Já a culpabilidade enquanto elemento do crime é o juízo de reprovação pessoal que recai sobre a pessoa que pratica uma conduta típica e antijurídica. Enquanto tipicidade e antijuridicidade são juízos que recaem sobre a conduta, a culpabilidade é juízo sobre a pessoa, sendo composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

173 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. 4ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.447.

174 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.172

175 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *apud* SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.234.

hoje operou, pelos requisitos limitativos acrescidos e incomparáveis que nele se contém; e é assim o penhor mais seguro de legitimação, no âmbito da aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente. Por isso se deve persistir em ver no princípio da culpa uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa.

O ambiente empresarial, conforme repetidamente foi mencionado ao longo deste estudo, apresenta características próprias e complexas que o diferem dos exemplos mais comumente trazidos pela doutrina – os cansativos Caio, Tício e Mévio – ou ainda quando se aborda, na omissão imprópria, o repetido exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho de tenra idade. Isso, por óbvio, traz impactos na análise do elemento subjetivo.

Nesse ambiente, é marca comum a divisão estrutural de funções e decisões, tanto de forma vertical como horizontal, havendo, em razão disso, fragmentação e filtragem de informações que causam impactos sobre os pressupostos subjetivos de imputação da responsabilidade omissiva imprópria. Sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável à formação do dolo, essa realidade no ambiente empresarial pode refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Conforme adverte Estellita¹⁷⁶, diante do paradigma clássico da autoria dolosa individual, a descentralização e a divisão de funções e de trabalho causam, igualmente, impactos sobre a configuração dos pressupostos subjetivos de imputação de responsabilidade, tanto no nível da tipicidade como na culpabilidade. A sincronização entre os pressupostos da imputação objetiva e os pressupostos da imputação subjetiva será mais esgarçada quanto maior for o porte da empresa e traz evidentes problemas para a configuração do dolo, que tem que ser simultâneo¹⁷⁷ **à prática da conduta típica (art. 20, caput, CPB).**¹⁷⁸

O *compliance*, assim, pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, esses limites naturais nos fluxos de informação, seja por

176 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

177 A dimensão temporal do dolo (também denominada princípio da simultaneidade ou princípio da coincidência) expressa a obrigatoriedade de que a valoração da atitude mental do indivíduo seja limitada pelo momento de realização da conduta típica [e, no nosso caso, da omissão típica]; isso significa que conhecimento ou vontade anterior (*dolus antecedens*) e/ou posteriores (*dolus subsequens*) à realização da conduta não podem ser levados em consideração para determinar o nível da imputação subjetiva. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.80

178 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

meio do mapeamento dos riscos – externos e internos – criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas às tomadas de decisões, seja pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/condutas dos empregados e colaboradores. Por evidente, mesmo um *compliance* efetivo dificilmente conseguirá abarcar totalmente esse fluxo de informações ou mesmo a conduta de todos os indivíduos envolvidos nos processos produtivos e administrativos das empresas. É impossível se exigir que todos saibam tudo e/ou que todos vigiem todos.

Disso resulta também indispensável a consideração, no âmbito da análise do elemento subjetivo, do agir ou omitir dos atores do ambiente empresarial, da pertinência e dos limites do princípio da confiança. Pelo princípio da confiança se permite reconhecer que aquele que observa as regras legais e sociais de determinada ação ou atividade pode confiar que as demais pessoas assim também agirão.

Sobre a adequação de tal princípio ao ambiente empresarial, valemo-nos mais uma vez dos estudos da professora Estellita¹⁷⁹, para quem as distribuições de atribuições e tarefas feitas por meio da delegação seriam impossíveis se todos tivessem de controlar as atividades de todos, o que inviabilizaria o cumprimento dos atos de gestão de sua própria esfera de atribuições, daí se invocar o princípio da confiança, que se aplicaria nos âmbitos nos quais há uma pluralidade de intervenientes. A autora esclarece que os casos clássicos de aplicação do princípio seriam os relacionados ao trânsito e a equipes médicas de cirurgias, cuja nota comum é a ausência de relação hierárquica entre os sujeitos, o que, transportado para o ambiente de estudo, ou seja, o empresarial, merece considerações à parte. Assim, *a priori*, o princípio da confiança regeria as relações horizontais no âmbito dos órgãos de administração que desenvolvem conjuntamente o controle da empresa. Uns podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança¹⁸⁰. No caso de delegação, contudo, se está diante de uma estrutura hierárquica vertical, e a aplicação do referido princípio deve-se dar com limitações. Esse ponto é relevante ao objeto de estudo, uma vez que a implementação de programas de conformidade implica justamente a delegação da função de vigilância e a mitigação dos deveres do garantidor originário – o delegante.

179 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 151-154

180 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 201. p. 153.

Logo, e especialmente nas relações hierárquicas verticais, o garantidor originário não poderá se valer inadvertidamente de tal princípio para alegar desconhecimento de situações típicas, uma vez que tem o dever de buscar o conhecimento sobre as fontes de perigo que deve controlar e de exigir informações daqueles aos quais delegou tal responsabilidade. Na mesma perspectiva, e de maneira ainda mais evidente, tal princípio não socorre o *compliance officer*, uma vez que, no cumprimento do seu dever de vigilância, lhe cabe justamente postura diversa, a de não confiar, diante das finalidades próprias dos programas de conformidade, de detecção e correção dos riscos e irregularidades, visando garantir a observância das normas internas e externas, que dizem respeito às atividades realizadas pela empresa.

Estellita¹⁸¹ sugere as seguintes orientações para análises de casos concretos: a) nos casos em que o *compliance officer* descumpra já seus deveres de diagnóstico, deve-se falar muito mais em omissão culposa; b) nos casos, porém, em que há a violação dos deveres de comunicação, que se liga, portanto, a uma prévia aquisição de informações, está configurada a componente cognitiva do dolo, ainda que na forma do dolo eventual.

Com efeito, tendo o *compliance officer* sido contratado justamente para mapear as fontes de riscos para determinada empresa, contribuindo para a adequação do fluxo das informações, da rotina e protocolos de atuação, de modo a manter os riscos dentro dos limites permitidos, mas não o faz adequadamente, descumprindo seus deveres de diagnóstico, deve ser analisado se tal descumprimento decorre de desídia ou mesmo incompetência, o que, de fato, levaria a uma responsabilidade a título de culpa. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de ação intencional quando o *compliance officer*, a despeito de obter as informações, não as repassa aos escalões superiores ou a quem obrigado no organograma da empresa, seja por interesse pessoal ou de terceiros, assim configurando o dolo. Ainda na mesma perspectiva, não há como falar sobre os reflexos do *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor omissor sem aos menos tangenciar a questão acerca da prova do dolo.

Adverte Pedro Jorge Costa¹⁸²:

Não se prova o dolo, tanto quanto não se provam conceitos jurídicos como a hipoteca a pessoa jurídica nem, no âmbito do direito penal, a culpabilidade ou a imprudência. Provam-se os elementos empíricos,

181 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293

182 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.154.

existente no mundo dos fatos, se necessários para possibilitar a eventual aplicação de consequências jurídicas. No direito brasileiro, a questão é provar o conhecimento e ao menos a assunção do risco.

À luz do princípio da livre apreciação das provas, os juízes podem se utilizar de todos os meios lícitos de prova, inclusive indícios, para formar seu convencimento e também para a determinação dos estados mentais componentes do dolo¹⁸³. Ainda que o tema relacionado à prova seja afeto ao direito processual, a definição do dolo no âmbito do direito material influi na questão da prova de seus elementos empíricos em um duplo sentido: devem ser provados os elementos que se indiquem, eventualmente, já na legislação, como componentes do dolo e só se deve indicar o que for possível de prova válida em juízo¹⁸⁴. Se é admissível a prova por indícios para a demonstração do dolo ou de outras circunstâncias do crime, o reverso também é verdadeiro.

Nosso Código de Processo Penal diz que se considera indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239, CPP). Para Maria Theresa Rocha de Assis Moura, indício é todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo¹⁸⁵. Ainda segundo a autora, o raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato¹⁸⁶. Dizendo de outro modo e invertendo o vetor do raciocínio, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente à detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, valendo-se dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, *isso é indiciário da inexistência de dolo*, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório.

É claro que se reitera a necessidade de efetividade do *compliance*, com a observância pelo garantidor dos deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade; com sua contínua fiscalização desses agentes, além do

183 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.184.

184 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.153.

185 MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

186 MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções afetas ao programa; não se criando ainda barreiras à chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando, a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

Não se discute o dever de reparação e eventual responsabilidade objetiva advinda de outras searas do Direito, mas, não prescindindo a responsabilidade penal do elemento subjetivo, o *compliance* pode, assim, vir a ser decisivo. E, embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser simplesmente ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Aliás, seria mesmo um contrassenso o Estado exigir a implementação do programa de conformidade, o qual já é obrigatório para algumas atividades – como apontado no primeiro do capítulo do presente trabalho –, mas depois desconsiderá-lo ou limitar sua análise ao campo da culpabilidade. Ademais, o Direito Penal não cobra de ninguém que evite o inevitável e não pode punir ninguém por não ter feito o impossível. O dever jurídico-penal imposto a cada um circunscreve-se ao seu domínio pessoal, é dizer, o indivíduo só pode responder penalmente por aquilo que puder dominar,¹⁸⁷ não há o que prevenir diante de situações incontroláveis e o *compliance* não pode evitar o imprevisível.

4.5.2 Compliance e culpa

O Código Penal estabelece que o crime será culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art.18, inciso II, CP). A responsabilidade a título de culpa é residual, somente sendo possível quando expressamente prevista, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

A doutrina define a negligência como uma conduta negativa, na qual o sujeito devia e podia agir para garantir um dever de cuidado e não o faz¹⁸⁸. A imprudência, por sua vez, é uma conduta comissiva, é o agir

187 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.173.

188 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.78.

sem a cautela necessária. A imperícia é a falta de capacidade técnica, ocorrendo no âmbito do exercício de profissão, arte ou ofício¹⁸⁹. Além de tais modalidades de conduta, é imprescindível que o resultado seja previsível ao agente. A partir dessa previsibilidade, a culpa se classifica em consciente e inconsciente. A primeira, quando o agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente que poderá evitá-lo, não aceitando sua ocorrência. A culpa inconsciente, por sua vez, se faz presente quando o agente não prevê o resultado, embora ele seja previsível.

Na culpa, não há adesão interna do indivíduo, não há vontade de lesão ao bem jurídico, o que leva a um juízo menos grave de reprovação jurídica e social. A magnitude da discrepância da resposta punitiva deixa evidente o desnível de valoração realizada pelo legislador entre as duas formas de imputação subjetiva, notadamente se considerarmos que ambos os comportamentos produzem idêntico resultado¹⁹⁰. No crime culposos a vontade do agente é voltada para fim indiferente ao Direito Penal, mas a inobservância dos deveres de cuidado na realização da conduta leva a um resultado danoso que lhe era possível prever. Para Bierenbach¹⁹¹:

A estrutura da culpa dos delitos omissivos impróprios é basicamente a mesma dos delitos comissivos. Só há que se cogitar, portanto, de modalidade culposa, em caso de expressa previsão legal. No delito omissivo impróprio culposos, ocorre uma infração do dever de cuidado objetivo, por via omissiva. Neste sentido, o dever legal de cautela impõe a realização da conduta ativa, com a finalidade de evitar o surgimento de riscos para os bens garantidos ou mesmo obstar o incremento dos perigos preexistentes. Estas medidas acatelasórias em favor de bens em perigo devem-se, exclusivamente, aos garantes. De outra sorte, tal como a negligência ativa, a culpa omissiva assenta-se na previsibilidade objetiva, na possibilidade de o garante prever que sua inação pode gerar perigo para o bem jurídico ou agravar perigo preexistente, permitindo a ocorrência do resultado vedado pela lei.

Defendeu-se no item anterior que um *compliance* efetivo é indiciário da inexistência de dolo. O mesmo entendimento, contudo, não se estende automaticamente aos casos que se caracterizam culposos.

Explica-se, pedindo vênias para afastar-se de exemplos mais tradicionais da doutrina – como os casos de crimes de trânsito – para raciocinar a partir dos dados mais próximos da realidade do ambiente empresarial.

189 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.79.

190 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.24.

191 BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.97.

Sabemos que, para além da ideia de realização pessoal e da necessidade de cumprimento de uma função social, o indivíduo, quando empreende – constituindo uma pessoa jurídica para atuar em determinado ramo de atividade –, o faz com o intuito de lucro. Ressalte-se que tal afirmação não tem finalidade de crítica, ao contrário, é assim que deve ser, já que é o lucro que mantém a empresa “viva”, garantindo não apenas o sustento de seus sócios, como gerando empregos e recolhendo impostos. Mas, na busca por lucros, muitas vezes o empresário – garantidor, lembremos –, mesmo ciente de riscos de determinadas decisões, acaba por adotá-las, realizando ações ou não realizando o que era devido e esperado, acreditando verdadeiramente que será capaz de evitar que resultados danosos disso possam advir (culpa consciente).

Assim, o mesmo raciocínio dos efeitos do *compliance* quanto ao dolo não pode ser transposto para ações precipitadas ou imprudentes, portanto, culposas, cabendo, como sempre reafirmado, nortear-se o aplicador do direito pelas circunstâncias do caso concreto. Entretanto, mesmo nessas situações, o *compliance* poderá fornecer elementos mais seguros para a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, já que muitas vezes se trata de situações limites.

4.5.3 Compliance e o trato do erro

Em direito penal, erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação dele¹⁹². O instituto do erro envolve a forma como o indivíduo identifica a realidade a sua volta e a ela reage, sendo assim relevante objeto de análise no presente estudo, mormente porque, no ambiente coletivo como o empresarial, que envolve atividades praticadas por diversas pessoas em momentos, locais, setores e cargos distintos, o erro é uma realidade que não pode ser ignorada.

Em nosso Código Penal, o erro é tratado nos arts. 20 e 21. No art. 20, há a previsão do que se denomina de erro de tipo, que é aquele incidente sobre qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. Já no art. 21, encontramos o erro de proibição, que é aquele afeto à antijuridicidade, ao conhecimento do caráter proibido do comportamento. O erro de tipo pode ser essencial ou acidental. Será essencial se versar sobre uma circunstância do tipo que exclui o caráter criminoso da ação¹⁹³. Já o erro de tipo

192 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.263.

193 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

acidental é aquele que não elide a adequação típica entre a representação mental do agente da realidade e o objeto faticamente agredido¹⁹⁴.

O erro de proibição, por sua vez, afeta a consciência da ilicitude. Como o fundamento da reprovação da culpabilidade, a partir do finalismo, não é mais o dolo nem a culpa, mas a consciência da antijuridicidade, quando houver erro de proibição, não haverá culpabilidade.

Outra classificação importante, mormente considerando o *compliance*, é aquela que classifica o erro como vencível ou invencível, ou seja, superável ou insuperável – também denominado na doutrina como escusável ou inescusável. O erro vencível é aquele que objetivamente poderia ter sido evitado se o indivíduo tivesse agido com o devido cuidado, considerando-se a capacidade do que se costuma chamar de homem médio. O erro invencível, por outro lado, fugiria à possibilidade preventiva desse homem médio ou quando o agente tomou as cautelas devidas. Tal diferenciação – entre erro de tipo e proibição; erro vencível ou invencível – não tem relevância meramente teórica, mas prática, porquanto a correta compreensão da natureza do erro implica diretamente nas consequências da resposta penal, pois, havendo erro de tipo, ainda poderá subsistir a punição a título de culpa, se prevista tal modalidade no tipo violado, o que não ocorre em se tratando de erro de proibição, que exclui a culpabilidade e, portanto, a possibilidade de aplicação de qualquer sanção. O mesmo pode ser dito quanto à vencibilidade do erro.

Na omissão imprópria, o reconhecimento da existência de um crime se dá com a conjugação do tipo comissivo violado e as disposições do art. 13, §2º, do CP, e o trato do erro deve abranger, portanto, também os elementos que compõem essa extensão da figura típica. Logo, o objeto de conhecimento do omitente garantidor deve abranger todas as circunstâncias que integram o tipo objetivo omissivo impróprio: a) os pressupostos fáticos constituidores da posição de garantidor, b) a situação típica, c) a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado e, ainda, para alguns, o nexo de causalidade.

Para Estellita, na omissão, o erro que afasta o dolo é aquele incidente sobre os pressupostos objetivos (descritos ou normativos) do dever de agir. Quem, porém, conhecendo todos esses pressupostos, supõe, erroneamente, que não está obrigado a agir, deixa de cumprir o mandamento em erro de proibição, melhor dizendo, em erro sobre o mandado normativo (art. 21, CPB)¹⁹⁵. Assim, o erro sobre alguma das circunstâncias objetivas

194 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

195 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

que tornam um agente garantidor é erro de tipo, o erro sobre o mandamento de agir para evitar o resultado, erro de proibição¹⁹⁶.

Sendo exigível que o garantidor reconheça os dados fáticos da situação de perigo que aciona o dever de agir, a obtenção desse conhecimento, em um ambiente de fragmentação de informações e divisão de funções, adquire contornos próprios. Nessa perspectiva, o mesmo reflexo que o *compliance* pode ter na aferição do dolo e da culpa poderá ter no trato do erro. O empresário garantidor, obrigado a manter dentro dos limites permitidos os riscos advindos da atividade que exerce, deve buscar conhecer a realidade que o circunda para direcionar suas decisões e ações com domínio do que faz. Para Estellita, normalmente a omissão dos dirigentes em agir para evitar o resultado em caso de constituição de um setor de *compliance* na empresa derivará de erro de tipo por desconhecimento da situação de perigo, erro este causado pela omissão do *compliance officer* que não transmite a informação devida ou a transmite de forma lacunosa ou falha¹⁹⁷. A referida autora ainda adverte¹⁹⁸:

Há que se diferenciar esta situação, porém, daquela na qual a comunicação do *compliance officer* aos dirigentes se faz acompanhar de uma orientação sobre o caráter permitido ou proibido de uma prática de um subordinado, por exemplo, qualificando-a como lícita. Neste caso, em que os garantidores, tendo conhecimento de todas as circunstâncias objetivas, erram, porém, quanto à proibição do ato em vias de ser praticado, e consequentemente, avaliam como inexistente o dever de agir para impedir o resultado, o que há de se investigar é um possível erro de proibição, não mais um erro de tipo. Pode se tratar de erro sobre o mandado (de agir), que deve ser avaliado sob os pressupostos de sua evitabilidade para a determinação de suas consequências penais (art. 21, CP).

Todavia, na medida em que as práticas de *compliance* têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, a admissão pelo julgador da alegação de erro, quando presentes tais programas de conformidade, pode ficar bem prejudicada. À luz dessa percepção, a análise do

196 ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

197 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293.

198 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293-294.

caso concreto deve levar em conta a extensão e as atribuições conferidas ao *compliance* – na mesma linha do afirmado quanto à aferição do dolo e da culpa – a fim de se verificar inclusive eventual erro determinado por terceiro, diante da multiplicidade de atores do ambiente empresarial, mormente o *compliance officer*.

Responde pelo crime o terceiro que determina o erro, nos termos do §2º do art. 20 do CP. Contudo, convém rememorar que a instituição de um setor de *compliance* não desobriga o garantidor originário, mas cria novas posições de garantia, remanescendo ainda ao garantidor primário os deveres de seleção adequada, fiscalização, fornecimento das condições materiais necessárias ao desempenho correto das tarefas etc.

Logo, se verificado no caso concreto que o *compliance* era meramente formal, que não foram dadas ao *compliance officer* condições de trabalho ou se foi contratada pessoa visivelmente despreparada para o desempenho das funções, de acordo com natureza das atividades e o porte da empresa, não cabe ao garantidor originário alegar que deixou de agir por erro de terceiro, beneficiando-se assim de sua própria torpeza.

Destarte, se, por um lado, o *compliance* poderá implicar o afastamento do dolo, por outro lado, poderá levar também a um enfraquecimento da alegação da existência de erro ou mesmo contribuir para a constatação da não obtenção da informação de forma deliberada. Nesse ponto, convém também diferenciarmos erro e cegueira. O indivíduo que age em erro não sabe o que faz, acreditando que seu agir é indiferente penalmente, sendo também vítima, portanto, de sua equivocada representação da realidade. Quem, por outro lado, conhece a realidade que o rodeia e sabe o que faz, tem o domínio sobre sua conduta – comissiva ou omissiva – podendo guiar-se de modo consciente. Nesse ponto, são pertinentes as palavras de Pardini¹⁹⁹:

Parece claro que esse conhecimento, em si mesmo, já pode ser objeto de domínio: especialmente quanto a fatos que não ocorrem diretamente diante dos olhos do sujeito, tais como, em regra, são aqueles relacionados à temática da omissão imprópria do dirigente empresarial, a pessoa detém pleno domínio sobre a obtenção ou não do conhecimento, podendo decidir pela sua obtenção, mediante busca de informações, ou pela sua alienação, mediante inércia, e ainda mais efetivamente, construção de barreiras ao fluxo de informações até si.

Assim, enquanto no erro há ausência ou equívoco na representação da realidade, na cegueira o agente decide não conhecer. Logo, erro e ce-

199 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.160.

gueira são mutuamente excludentes. Para Sydow, a identificação do erro de tipo nega o quadro de representação requerida pelo dolo, enquanto a identificação da situação de cegueira deliberada implica (tanto em julgados brasileiros, norte americanos e espanhóis) a representação requerida para o dolo²⁰⁰. Assim, a ignorância geradora do erro afasta o dolo e permite a tipificação a título de culpa, se existente. A cegueira deliberada em sentido estrito, por sua vez, tem aparência de culpa, mas sua identificação imputa ao sujeito a culpabilidade a título doloso²⁰¹. Não se está a afirmar, por outro lado, que, com a implementação do *compliance*, se passará a exigir conhecimentos superiores, ou que qualquer situação que escape ao mapeamento de riscos da empresa e sua contenção derive, necessariamente, de dolo.

A existência do *compliance* não afasta a razoabilidade da previsibilidade dos resultados, dentro dos limites tecnológicos existentes e do conhecimento humano, mas pode levar a um enfraquecimento da alegação da invencibilidade do erro, tendo em vista que ao garantidor é imposto o dever de fiscalização e controle sobre as fontes de perigo oriundas da empresa, portanto, deve buscar conhecer os resultados prováveis de cada atividade.

Em derradeiro, finaliza-se com a afirmação de Toledo: “Tenha-se em mente que a teoria do erro protege a boa-fé; não é uma brecha no sistema penal por onde possam transitar os espertos”²⁰².

5. Conclusão

A convivência com riscos é uma realidade inevitável da sociedade atual, no entanto, ela os tolera cada vez menos e deposita suas expectativas de gestão desses riscos no Direito Penal. Tal expectativa, transferida para o ambiente empresarial, tem levado à ampliação do uso da omissão imprópria como ferramenta de atribuição de responsabilidade penal do empresário como garante de evitação desses riscos.

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal, uma vez que a verificação de

200 SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.189.

201 SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.190.

202 TOLEDO, Francisco de Assi apud PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.159.

seus pressupostos vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, já que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no art. 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante. A fixação da posição de garantidor é a primeira etapa de verificação da responsabilidade penal pela omissão imprópria. A partir dos aspectos estudados, vimos que a posição de garantidor é fundamentada pela assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico, e que o papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação no âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade.

A identificação do garante e a delimitação de suas responsabilidades, no ambiente empresarial, ainda ganham matizes diversos, diante da divisão de funções que abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

Vimos também que ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

A partir da compreensão dessa realidade empresarial, observamos que o programa de integridade pode ser empregado como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuírem para a identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omitente. O estudo nos mostrou que o *compliance* tem por finalidade fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para as atividades, bem como desenvolver ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade existente no ambiente empresarial, aprimorando assim o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo bens jurídicos tanto de terceiros quanto da própria empresa.

Quanto à questão norteadora da pesquisa, concluímos que, além da contribuição para melhor constatação dos aspectos do tipo objetivo da omissão

imprópria – a exemplo da posição de garantidor –, o *compliance* permite, especialmente, melhor análise quanto ao aspecto subjetivo da conduta, contribuindo para detecção ou afastamento do dolo, ou ainda permitindo diluir a problemática dos casos limítrofes entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Nessa perspectiva, sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável à formação do dolo, e considerando a realidade mencionada acerca das peculiaridades do ambiente empresarial, concluímos que a divisão horizontal e vertical de atribuições nesse ambiente, com fragmentação e delegação de responsabilidades, pode refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Assim, o *compliance* pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, os limites naturais nos fluxos de informação, seja por meio do mapeamento dos riscos – externos e internos –, criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas às tomadas de decisões; seja mesmo pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/conduas dos empregados e colaboradores.

Nessa ordem de ideias, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente à detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, valendo-se dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, isso é indiciário da inexistência de dolo, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório. Por evidente, necessário se faz que o *compliance* tenha efetividade, que não seja mero instrumento de fachada para atender a formalidades legais ou exigidas pelo mercado, devendo o garantidor observar seus deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade, com sua contínua fiscalização desses agentes, além do fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções afetas ao programa; não se criando ainda barreiras à chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando, a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

Por outro lado, se demonstrado que o *compliance* era de fachada, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para evitar danos, agindo, no mínimo, com dolo eventual. E, na diretriz de pensar o trabalho com o olhar voltado à solução de problemas concretos, concluí-

mos que, embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Assim, considerando que o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade; considerando ainda que a tipicidade é manifestação do princípio da legalidade e que fora da legalidade não há Direito, a aplicação de uma pena somente se legitima a partir do perfeito juízo de adequação da conduta ao tipo legal.

Nessa perspectiva, se, por um lado, o ambiente empresarial, como visto, apresenta dificuldades próprias na individualização das condutas, dadas as suas características de divisão vertical e horizontal de atividades, com delegação e compartimentalização de decisões e ações; por outro lado, não se pode admitir uma pretensão de compensação de um déficit de punibilidade em determinados contextos criminosos, lançando-se mão da responsabilidade penal objetiva, violando frontalmente princípios tão caros à liberdade do indivíduo frente ao Estado.

O *criminal compliance* como uma nova realidade do Direito Penal pode, assim, levar ao afastamento da incidência típica pela possibilidade de se permitir adequadamente verificar a inexistência do dolo diante de resultados atribuídos a título de omissão imprópria.

6. Referências

ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. Página institucional. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Página institucional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91762CFCC7CB96779F813920CACDC300.proposicoesWebExterno2?codteor=1818737&filename=Tramitacao-PL+5442/2019. Acesso em: 14 jul.2020

COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. 4ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. Página institucional. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020 e 03.jun.2020

FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. Página institucional. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

GREGO, Luis. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (org.). Coimbra: Almedina, 2009, p.885-903.

GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GUSTIN, M.B.S; DIAS, M.T.F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2010.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Página institucional. Disponível em: www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa. Acesso em: 14 jul. 2020.

ISO. International Organization for Standardization. Página institucional. Disponível em: <https://www.iso.org/home.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

KPGM. Consultoria de Gestão. Página institucional. Disponível em: <https://cndi.org.br/politicaspublicas/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

LEITE, M. L; DIAS, R.M.C.G. *O compliance nas empresas e o impacto na competitividade*. In: LOPES, L.S; MARTINS, A.J. *Direito Penal Econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LOPES, L.S; MARTINS, A.J. *Direito Penal Econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018.

PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019.

PLANAS, Ricardo Robles. *Estudos de dogmática jurídico-penal*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004.

PINTO, F.M; BRENER. P.R.C.V. Responsabilidade corporativa e *compliance*. In: LOPES, L.S; MARTINS, A.J. *Direito penal econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In: *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELL, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.) Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem em *Compliance* e Direito Penal. In: DAVID, Décio Franco (org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018.

SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GISLANE TESTI COLET

Promotora de Justiça no MPMG. Especialista em Direito Público – PUC/MG. Mestre em Direito Penal – PUC Minas.