

PUCRS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LUIZ FILIPE DE ANDRADE NEVES BRAGHIROLI

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR CRIMES OMISSIVOS

IMPRÓPRIOS: a assunção da posição de garantidor através do contrato de trabalho

Porto Alegre

2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

LUIZ FILIPE DE ANDRADE NEVES BRAGHIROLI

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR CRIMES
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS:** a assunção da posição de garantidor através do contrato de
trabalho

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais *Stricto
Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Rodrigo Moraes de Oliveira

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

PORTO ALEGRE
2022

Ficha Catalográfica

B813r Braghirolli, Luiz Filipe de Andrade Neves

A responsabilidade criminal do compliance officer por crimes omissivos impróprios : a assunção da posição de garantidor através do contrato de trabalho / Luiz Filipe de Andrade Neves Braghirolli. – 2022.

103 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira.

1. direito penal. 2. compliance. 3. omissão. 4. posição de garantidor. 5. responsabilidade criminal. I. Oliveira, Rodrigo Moraes de. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

LUIZ FILIPE DE ANDRADE NEVES BRAGHIROLI

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR CRIMES
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS:** a assunção da posição de garantidor através do contrato de
trabalho

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais *Stricto
Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Rodrigo Moraes de Oliveira

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Aprovado em: ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira – PPGCCRIM (PUCRS)
Presidente da Comissão Examinadora

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila - PPGCCRIM (PUCRS)
Membro da Comissão Examinadora

Prof. Dr. Giovani Saavedra - Mackenzie
Membro da Comissão Examinadora

PORTO ALEGRE

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico este trabalho aos meus pais, que me incentivaram desde o início à buscar o meu sonho de cursar o mestrado. Ambos não pouparam esforços para que eu pudesse me esmerar ao longo do curso e aprimorar os meus conhecimentos. Agradeço também ao meu irmão, que sempre me apoiou em todas as minhas decisões, por mais loucas que fossem.

Aos meus amigos, pois sempre estiveram presentes nos momentos bons e, principalmente, nos ruins. A amizade deles foi uma rocha a qual pude me segurar nos momentos de tormenta. Por fim, agradeço imensamente às lições passadas e compreensão exercida pelo meu orientador Prof. Rodrigo Oliveira. A fé inabalável dele à respeito das minhas capacidades foram cruciais para que eu conseguisse terminar o curso de mestrado e concluir a minha dissertação. Palavras não são suficientes para expressar a minha gratidão eterna aos meus mestres pelas aulas ministradas ao longo do curso. Mudaram a minha vida.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade criminal do *compliance officer* por meio de crimes omissivos impróprios. O tema é extremamente complexo e envolve uma multidisciplinariedade que é característica da área do *compliance*. As tarefas exercidas pelo *compliance officer* dentro do âmbito empresarial são de extrema importância para a prevenção de crimes praticados pelos integrantes da organização. Entretanto, é preciso saber se há a possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer* caso este falte com o seu dever de vigilância sobre a fonte de perigo. O monitoramento, diagnóstico e investigação de riscos corporativos são inerentes à profissão, motivo pelo qual devem ser realizadas por alguém com domínio da técnica, bem como com capacidade fática de atuação (recursos - humanos e financeiros - suficientes, apoio da Alta Administração, autonomia no exercício das funções, etc.). Por fim, mostra-se que o domínio da informação pelo *compliance officer* lhe dá uma vantagem ao tratarmos do domínio sobre a fonte de perigo, motivo pelo qual o repasse da informação a quem possa intervir é de extrema importância.

Palavras-chave: *compliance officer*; omissão; responsabilidade criminal; *compliance*; dever de informar.

ABSTRACT

The present work deals with the criminal liability of the compliance officer through improper omissive crimes. The topic is extremely complex and involves a multidisciplinary approach that is characteristic of the compliance area. The tasks performed by the compliance officer within the business environment are extremely important for the prevention of crimes committed by the members of the organization. However, it is necessary to know whether there is a possibility of criminal liability of the compliance officer if he fails to fulfill his duty of vigilance over the source of danger. The monitoring, diagnosis and investigation of corporate risks are inherent to the profession, which is why they must be carried out by someone with mastery of the technique, as well as with factual capacity to act (resources - human and financial - sufficient, support from Senior Management, autonomy in exercise of functions, etc.). Finally, it is shown that the mastery of information by the compliance officer gives him an advantage when dealing with mastery over the source of danger, which is why the transfer of information to those who can intervene is extremely important.

Keywords: compliance officer; omission; criminal liability; compliance; duty to inform.

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria-Geral da União
CMN	Conselho Monetário Nacional
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission</i>
CP	Código Penal brasileiro
CRA	<i>Compliance risk assessment</i>
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IOSCO	<i>International Organization of Securities Commissions</i>
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
Gafi/FATF	Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo
Gafisud	Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
p.ú.	Parágrafo Único
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 COMPLIANCE E A LEI ANTICORRUPÇÃO	12
1.1 O QUE É <i>COMPLIANCE</i> ?	14
1.2 O PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> E A LEI ANTICORRUPÇÃO.....	16
1.2.1 Dos requisitos do Decreto 8.420/15	19
1.2.2 A Portaria nº 909/2015 da Controladoria-Geral da União	32
1.2.2.1 <u>Relatório de Perfil</u>	32
1.2.2.2 <u>Relatório de conformidade do programa de integridade</u>	34
1.2.2.3 <u>A avaliação do programa de integridade e a metodologia sugerida pela CGU</u>	36
2 CRIMINALIDADE EMPRESARIAL E A OMISSÃO	39
2.1 A SOCIEDADE DE RISCO E O BEM JURÍDICO COLETIVO	42
2.1.1 A Sociedade de risco	43
2.1.2 O bem jurídico coletivo	45
2.1.3 Direito Penal clássico e a nova criminalidade	47
2.2 A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	49
2.3 DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....	52
2.3.1 O dever de agir	53
2.3.2 Da capacidade de agir	56
2.3.3 Fontes do dever de garantidor	58
2.3.3.1 <u>A obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância</u>	59
2.3.3.2 <u>Da assunção da responsabilidade de impedir o resultado</u>	59
2.3.3.3 <u>Criação do risco da ocorrência do resultado pela conduta anterior</u>	61
3 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER	64
3.1 DAS ATIVIDADES DO <i>COMPLIANCE OFFICER</i>	66
3.2 DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO <i>COMPLIANCE OFFICER</i> ATRAVÉS DO CONTRATO DE TRABALHO	69
3.2.1 A posição de garantidor através do contrato de trabalho	70
3.2.1.1 <u>O contrato e as obrigações</u>	71
3.2.1.2 <u>O contrato social e o poder da Alta Administração</u>	74
3.2.1.3 <u>O contrato de trabalho e as normas internas da empresa</u>	76
3.2.2 Da possibilidade de responsabilização criminal do <i>compliance officer</i>	79
3.3 DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	79
3.3.1 A problemática da causalidade na omissão	81

3.3.2 O processo causal na omissão	83
3.3.3 A imputação objetiva	86
3.4 DO DEVER DE INFORMAR	88
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

Diante do acelerado mundo moderno e com o advento da técnica surge uma sociedade de risco onde a população não possui mais capacidade de prever os danos inerentes às atividades exercidas no dia a dia. Impera-se, portanto, a necessidade do controle dos riscos modernos e das atividades das quais os mesmos advêm. Nesse contexto, o desenvolvimento da atividade empresarial tornou-se um nicho para a ocorrência destes perigos que podem vir a lesar bens jurídicos penalmente tutelados. Para controlá-los e observá-los surgiram os programas de *compliance*, os quais são geridos pelos *compliance officers*. O tema escolhido para ser abordado nesta pesquisa está inserido dentro do contexto das obrigações do garantidor e os limites de sua atuação, bem como se a mesma pode ser aplicada ao profissional responsável pelo programa de conformidade. Esta posição de garante prevista dentro de nosso ordenamento jurídico (que poderá ou não ser aplicada ao *compliance officer*) estipula deveres aos que se colocam nesta função para que a todo custo devam evitar um fato punível, sob pena de serem considerados igualmente culpados pelo acontecimento.

Dentre as possibilidades de enquadramento desta posição, encontra-se aquela de incumbir com deveres de garante o sujeito que optou por vontade própria, através de qualquer meio (neste caso os contratos de trabalho), atuar para impedir um processo causal que venha a resultar em um resultado danoso ao bem jurídico. Esta modalidade tem sido muito discutida pela doutrina, bem como ainda está incipiente dentro da jurisprudência brasileira, sobre a possibilidade de existir a figura do garantidor dentro das empresas nos cargos delegados pela alta cúpula de poder. No caso de cargos de gestão mais relevantes o administrador, que tem o dever de gerir a empresa de maneira proba, condizente com padrões de ética corporativa e em conformidade com a legislação nacional - em alguns casos também em conformidade com a legislação internacional inclusive - é o que pode ser considerado como o garantidor pela fonte de perigo, com deveres de vigilância sobre a mesma. O cargo emblemático do *compliance officer*, o qual terá para si a gestão do programa de integridade da organização, traz consigo diversas indagações sobre a responsabilização criminal, que o Direito Penal clássico não tem força suficiente para responder, necessitando ser revisado para atender esta nova leva de criminalidade. Começam então as perguntas a serem abordadas: poderá o *compliance officer* ser responsabilizado penalmente pelo não impedimento de algum resultado danoso ao bem jurídico externo à empresa? O contrato de trabalho pode ser usado como fonte originária da posição de garante? Caso este profissional não tenha poder diretivo, ainda assim poderá ser responsabilizado? O mero dever de informar pode ensejar uma posição de garantidor,

culminando eventualmente em uma condenação criminal? Como que se configura a omissão penalmente relevante nesses casos e qual o processo causal para imputar o crime ao *compliance officer*?

Em face desses questionamentos vemos que é de extrema importância que não só se estabeleça um conceito do que é *compliance*, como também uma tentativa de apresentar uma estrutura (ainda que mínima) deste programa. Além disto é preciso delimitar as competências da função do *compliance officer*, a origem dos deveres de vigilância e de garantidor, bem como a própria individualização de condutas tipificadas dentro do âmbito corporativo. A responsabilidade penal do *compliance officer* por crimes omissivos impróprios cometidos dentro das empresas ainda é um tema nebuloso que enseja diversos debates sobre a posição deste profissional dentro do processo causal que leva ao resultado danoso.

Os objetivos deste trabalho tem, portanto, o intuito de determinar o grau de responsabilidade do *compliance officer* que se omitiu de seu dever de zelo pela atividade empresarial e qual a participação e relevância possui essa omissão na ocorrência de um fato punível. As respostas aqui trazidas são imprescindíveis para que se tenha uma maior segurança jurídica (ainda que através do entendimento doutrinário) para o exercício da profissão daqueles que se voltam à gestão de programas de conformidade. Buscamos, portanto, a delimitação do nível de contribuição do *compliance officer* dentro de um fato punível. Analisar a posição do garantidor. Determinar os limites do dever de agir do garante. Revisar a teoria causal e o processo que leva à definição se a omissão praticada possui conexão com o resultado danoso, bem como a verificação da imputação objetiva nestes casos. Por fim, busca-se analisar o poder exercido pelo *compliance officer* pelo domínio que este tem sob as informações pertinentes aos riscos empresariais.

Logo, identificar se há a possibilidade de responsabilizar criminalmente esse profissional é extremamente importante para que não se ocorram injustiças, tais como, condenações indevidas, processos judiciais desnecessários, investigações policiais sobre pessoas inocentes, etc. É preciso que se faça uma análise fria e objetiva ao se averiguar o caso concreto à respeito de uma omissão imprópria, justamente para que não se incorra em erros tais como, por exemplo, se aplicar formalismos normativos, enquanto se pretere a realidade fática da empresa e da real função do *compliance officer*.

1 COMPLIANCE E A LEI ANTICORRUPÇÃO

Em que pese se reconheça a importância da Lei de "lavagem" ou ocultação de bens (Lei Federal nº 9.613/98) para a matéria do *compliance* na realidade brasileira (em especial para os deveres do *compliance officer*). Não iremos abordá-la neste estudo, em razão do nosso foco ser a Lei Anticorrupção e o seu Decreto regulamentador (que serão abordados mais à frente). Optamos por esta escolha justamente por entendermos que esta Lei traz de forma mais "detalhada" uma noção de estrutura de um programa de integridade que nos servirá de guia para os capítulos futuros. Ainda que o texto legal não preveja crimes (apenas sanções cíveis e administrativas) e verse majoritariamente sobre a temática da corrupção o mesmo possui (através de seus órgãos fiscalizadores) métricas de avaliação para aferição de sua real efetividade dentro do ambiente corporativo, o que impacta grandemente na identificação da existência de responsabilidade penal ou não do *compliance officer*.

No que toca a origem do termo *compliance*, não há como determinar de forma precisa onde que tal instituto fora criado, de acordo com Benetti¹. Porém, a necessidade ou pelo menos a "falta" do *compliance* em eventos críticos dentro da economia mundial demonstraram que havia espaço para melhorias e que mudanças no sentido de ter-se mais controle dentro das organizações eram urgentes²⁻³. Ainda que as origens sejam as mais

¹ A autora relata que não é possível precisar de onde surgiu o termo, se fora das instituições financeiras, farmacêuticas ou médicas. Entretanto, a autora ressalta que para efeitos práticos não há muita diferença de onde o termo surgiu, visto que o termo *compliance* refere-se à sistemas internos de uma instituição (BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 75).

² Rizzo nos aponta que 1929 tivemos a crise da bolsa de valores de Nova York, o que levou em 1934 a criação da *Securities and Exchange Commission* (SEC). Na década de 60 a SEC identificou uma fraqueza dentro do mercado financeiro e determinou a necessidade de controle de riscos através de *compliance officers*. Em 1970 ocorreu o escândalo de Watergate. Em 1995 houve a quebra do Baring Bank na Inglaterra. Em 2001 a falência da Enron Corporation, que levou parceiros à falência junto consigo, etc. Em paralelo à estes eventos, teve-se também a criação de diversos órgãos reguladores que tinham como objetivo promover culturas e regras de *compliance* para as organizações: Comitê da Basileia (1974), *International Organization of Securities Commissions* - IOSCO (1983), *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* - COSO (1985), Gafi/FATF (1989). (RIZZO, Maria Balbina Martins De. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Trevisan Editora, 2016, p. 21-23).

³ Blok destaca como marcos temporais: (i) 1913 - criação do Banco Central Americano; (ii) 1929 - quebra da bolsa de valores de Nova York; (iii) 1932 - criação de uma política intervencionista advinda do *New Deal*; (iv) 1933/34 - *Securities Act* e criação da SEC; (v) 1945 - criação do Fundo Monetário Internacional - FMI - e do BIRD; (vi) 1950 - *Prudential Securities*; (vii) 1960 - a SEC começa a cobrar a contratação de *compliance officers*; (viii) 1970 - desenvolvimento de Metodologias de *Corporate Finance*, *Chinese Walls*, *Insider Trading*, etc.; (ix) 1974 - caso Watergate; (x) 1980 - expansão do *compliance* para demais atividades financeiras do Mercado Americano; (xi) 1990 - GAFI/FATF; (xii) 1935 - falência do Banco Barings, Basileia I e criação do Grupo de Egmont; (xiii) 1997 - divulgação pelo Comitê da Basileia dos 25 princípios para uma Supervisão Bancária Eficaz e criação da AGP; (xiv) 1998 - o Comitê da Basileia publica os Princípios concernentes à Supervisão pelos Administradores e Cultura/Avaliação de Controles Internos, no Brasil tivemos a criação do COAF e a resolução 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional; (xv) 2001 Enron vai à falência e criação do GAFISUD; (xvi) concordata da WorldCom e publicação da *Sabarnes-Oxley Act*, no Brasil houve a promulgação da

diversas para o instituto, o que nos interessa mesmo é a sua realidade atual e como ela se aplica aos diversos tipos de organizações que se encontram dentro do nosso mercado, motivo pelo qual não iremos focar em um tipo específico, mas sim tentaremos fazer um cotejo de um aspecto mais geral à respeito do *compliance*, visto que seus primórdios, ainda que sejam de extrema importância para a compreensão do tema, não alteram o estado contemporâneo da arte, pois, conforme escrevem Coimbra e Binder, o instituto do *compliance* seria aplicável "a todos os tipos de organizações, tanto empresas e entidades do terceiro setor como entidades públicas"⁴ o que demonstra uma possibilidade de uso do programa de integridade à todo tipo de pessoa jurídica (seja pública ou privada), implicando na necessidade de sua adaptação para a realidade de cada uma. Gonçalves, indo nesta mesma linha, pontua que as práticas de integridade se aplicam a qualquer organização, ao passo que o mercado tem cada vez mais exigido condutas éticas e lícitas das empresas, as quais devem buscar uma lucratividade de forma sustentável, com foco em um desenvolvimento econômico e socioambiental⁵.

Entretanto, ainda é complicado estabelecer um conceito uníssono sobre o que é *compliance* e como ele deve ser estruturado. Bertocelli identifica que a dificuldade que temos no Brasil de definir o que é *compliance* advém do fato de ser um conceito completamente novo, tendo em vista que até pouco tempo atrás isto pertencia à setores extremamente regulados e/ou empresas multinacionais expostas à leis internacionais de anticorrupção. Dentro da realidade brasileira, mesmo nestes casos, *compliance* estava limitado à profissionais que trabalhassem em ambientes regulatórios e advogados com formação bastante específica⁶. O que podemos auferir é que atualmente há divergência entre reguladores, fiscalizadores e regulados sobre como se deve analisar os indicadores dos programas de *compliance* a um nível científico. Soltes pontua que a falta de habilidade para

resolução nº 3.056 do CMN que alterava a resolução nº 2.554; (xvii) 2003 - o CMN publica a resolução nº 3.198 e a Carta-Circular nº 3.098; (xviii) 2012 - publicação da Lei Federal nº 12.683; (xix) 2013 - julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (STF); (xx) 2014 até hoje - a Operação Lava Jato traz à tona a Lei Federal nº 12.846 e o Decreto 8.420 que a regulamenta. (BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 23-26).

⁴ Apesar desta constatação não nos auxiliar na questão da origem do instituto, nos traz uma contribuição muito maior ao apontar que *compliance* é aplicável a qualquer tipo de organização, não restringindo-se a um tipo de segmento de organização, o que resulta na necessidade de adaptação do programa para cada tipo de empresa (COIMBRA, M. A.; BINDER, V. A. M. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Editora Atlas, 2010 *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 75).

⁵ GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 147.

⁶ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). *Manual de Compliance*. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 49.

avaliar estes programas não se trata somente da falta de consenso, mas também de dados e meios apropriados para a avaliação em si⁷. Nosso objetivo neste capítulo é, portanto, tentar trazer uma luz a esta questão, buscando identificar um conceito de *compliance*, assim como um padrão (mesmo que definido por lei) sobre como o programa deve ser estruturado para que assim seja avaliada sua efetividade.

1.1 O QUE É *COMPLIANCE*?

Para iniciarmos uma tentativa de dar uma resposta para esta pergunta podemos trazer aqui o entendimento de Saavedra e Pontin, os quais definem *compliance* como um estado dinâmico de conformidade⁸. Guimarães, por sua vez, nos traz o seu posicionamento de que *compliance* refere-se a uma cultura empresarial baseada em valores que devem ser implementados dentro da organização⁹. Lanzini afirma que, de forma ampla, *compliance* pode ser definido como uma busca, a qual ocorre de forma permanente, que visa o respeito às regras, propósitos e valores, em outras palavras, refere-se à coerência entre aquilo que é esperado de uma empresa e os princípios que formam a identidade da mesma (trata-se da adoção de questões que atingem todos os negócios e que de fato se pratique no seu dia a dia e em todos os seus setores e por todos os colaboradores)¹⁰. Saad-Diniz declara que *compliance*, de forma mais técnica, diz respeito à estruturas implementadas dentro da empresa para a detecção, apuração e reação, com o intuito de aprimorar a atividade de prevenção e redução de infrações econômicas causadas pela empresa e seus funcionários¹¹.

Veríssimo comenta que os objetivos do *compliance* são tanto preventivos quanto reativos. A autora trata em seu texto que estes objetivos visam a prevenção de infrações legais, em geral, assim como a prevenção de riscos legais e reputacionais inerentes às atividades da empresa. Ainda, impõe o dever à organização de apurar atividades ilícitas/irregulares que também violem as normas da empresa, bem como a obrigação de

⁷ SOLTES, Eugene. *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for persecutors, courts, and firms*. *NYU Journal of Law & Business*, 14/2018 *apud* SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 130.

⁸ SAAVEDRA, Giovani Agostini; PONTIN, André Luiz. *Compliance na indústria farmacêutica*. In: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). *Compliance na área da saúde*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 12.

⁹ GUIMARÃES, César Caputo. *A responsabilidade penal do compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 50.

¹⁰ LANZINI, Luiz Eduardo. *Governança corporativa e compliance: global trading*. Curitiba: Contentus, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 88.

¹¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131.

adotar medidas corretivas para tais casos¹². Indo neste sentido Benedetti entende que *compliance* pode ser visto como um conjunto de regras e regulamentos que são obrigatórios a todos os funcionários de uma organização (incluindo aqui a gerência e a alta administração). São regras cujo escopo é a conformidade com as leis que visam sua área de atividade, com o intuito de mitigar riscos, preservando, por consequência, a imagem da empresa, sua credibilidade e reputação perante os *stakeholders* e a sociedade¹³. Custódio nos traz o conceito de *compliance* como um "estado" de conformidade (entre normas internas da organização e externas a esta) que por meio de esforços sistemáticos possuem o intuito de prevenir, detectar e responder desvios de conduta praticados pelas pessoas e pela empresa de modo mais amplo, construindo-se dessa forma uma cultura empresarial ética¹⁴. Rizzo escreve que *compliance* trata-se de uma função instituída dentro das organizações que lhes possibilita e assegura uma maior aderência às leis, normativos regulamentares, políticas internas e melhores práticas do mercado (tudo isto alinhado, por óbvio, com os objetivos da empresa). Entretanto, a autora alerta que *compliance* é muito mais do que isto, visto que o mesmo está presente junto à alta administração, atuando como conselheiro e guardião dos princípios e valores que compõem a identidade da organização (a qual abriga a sua reputação, por consequência)¹⁵. Por sua vez, Blok afirma que *compliance* não significa simplesmente a literalidade de estar "*by the book*", ou seja, de estar estritamente em conformidade com as regras, já que o conceito em si vai além das barreiras legais e regulamentares (uma vez que incorpora em si princípios de conduta ética e integridade). Os programas de *compliance*, em linhas gerais, tem por escopo o fomento de agir de acordo com diretrizes, regras e regulamentos inerentes aos processos das empresas¹⁶.

¹² VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 91.

¹³ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 81.

¹⁴ CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. *Compliance bancário: o processo de mitigação e prevenção de fraudes no Sistema Financeiro Nacional*. 1ª. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 109.

¹⁵ RIZZO, Maria Balbina Martins De. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Trevisan Editora, 2016, p. 21.

¹⁶ A autora menciona que "ser *compliant*" é muito mais que conhecer as normas da organização, é agir em conformidade, seguir procedimentos recomendados, ser correto, saber a necessidade da ética em todas as condutas (tanto empresariais, quanto humanas). "Estar em *compliance*" é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos e "ser e estar *compliant*" é uma obrigação tanto individual de cada colaborador dentro da empresa, quanto de cada indivíduo enquanto cidadão, pai, filho, empregador, se tornando assim um agente de mudança. O "risco de *compliance*" torna-se, portanto, o risco das sanções legais e regulamentares que podem acarretar em perdas financeiras e/ou reputacionais que decorrem da quebra de cumprimento das disposições legais, regulamentares e dos códigos de conduta. (BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 20).

Sem a intenção de determinarmos um conceito final do que seria *compliance*, porém tentando concomitantemente estabelecer uma posição, baseando-nos em todos esses conceitos trazidos acima, podemos considerar que *compliance* diz respeito a um estado, leia-se situação, dinâmico de conformidade combinado com um dever de cuidado empresarial sobre os riscos inerentes da atividade da pessoa jurídica.

1.2 O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* E A LEI ANTICORRUPÇÃO

Após esta breve análise sobre quais são as possíveis definições para o conceito de *compliance* nos resta tentarmos demonstrar como um programa de conformidade pode ser aplicado na prática, em outras palavras, buscaremos demonstrar como o *compliance* é implementado dentro de uma organização. Conforme mencionamos anteriormente, um programa de integridade irá variar de empresa para empresa, pois cada uma terá sua realidade particular e necessitará de medidas diferentes para que os objetivos de *compliance* sejam alcançados (ainda que estas empresas pertençam ao mesmo nicho de mercado o programa da empresa A será diferente da empresa B). Logo, torna-se hercúlea a tarefa de definirmos um molde genérico que poderá ser aplicado em qualquer circunstância mantendo sua forma original todas as vezes que for implementado. Nosso intuito tampouco é o de ditar qual o caminho certo a ser seguido ao montar-se um programa de conformidade, porém também não iremos nos furtar de abordarmos o que consideramos essencial para que um programa possa ser avaliado e considerado efetivo.

Como *compliance*, antes de tudo, diz respeito à conformidade (com as normas legais principalmente) podemos buscá-la dentro do arcabouço jurídico brasileiro para averiguarmos se existe a previsão legal de requisitos mínimos para um programa de conformidade. Dentro do nosso cenário nacional, temos nossas próprias normas legais que tornam obrigatório a implementação de programas de integridade dentro de setores específicos do nosso mercado. Elencamos a que consideramos a mais importante para tratarmos aqui neste tópico, pois no nosso entendimento ela é a que se aplica a todos os setores do mercado (inclusive, as próprias instituições financeiras, com toda a regulamentação própria de seu mercado estão sujeitas à ela¹⁷). Ainda que o foco desta norma legal seja em organizações que tenham interação com o Poder Público, a mesma abrange todas as pessoas jurídicas a nível nacional. Nosso intuito não é o de menosprezar demais normas existentes, mas sim de delimitarmos ao máximo - dentro

¹⁷ CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. *Compliance* bancário: o processo de mitigação e prevenção de fraudes no Sistema Financeiro Nacional. 1ª. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 163.

do possível - nosso escopo de trabalho para que possamos ser objetivos em nossas observações.

Promulgada em 1º de agosto de 2013, com entrada em vigor em 2014, a Lei Federal nº 12.846 - comumente chamada de Lei Anticorrupção - é oriunda de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (Organização dos Estados Americanos), nos quais todos os países (Brasil incluso) comprometeram-se à criarem legislações específicas para combater a corrupção¹⁸.

Entretanto, ainda que este fosse o cenário internacional, a realidade interna era diferente. O Brasil, em 2013 estava vivendo uma série de manifestações populares exigindo maior comprometimento do Estado no combate à corrupção, o que levou o projeto legislativo, que continha o texto da Lei Anticorrupção, a ser aprovado em 15 dias dentro do Senado Federal (diferente do que ocorrera na Câmara dos Deputados, onde o texto fora encaminhado pelo Poder Executivo em 2010 e foi sofrendo alterações até ser remetido ao Senado em junho de 2013).¹⁹

Importante destacar que a Lei Anticorrupção em si não estabelece quais são os critérios de um programa de *compliance* (o texto legal traduziu este instituto como programa de integridade), apenas estabeleceu que, ao aplicar as sanções previstas na lei, seria levado em conta a presença de programas de integridade dentro da empresa como requisito para atenuação das sanções a serem impostas²⁰. Somente dois anos depois da promulgação deste texto legal que tivemos o advento do Decreto nº 8.420 que trata, dentro de diversos assuntos, dos requisitos que entende como necessários para um programa de integridade. O Decreto também define o que é um programa de integridade, estabelecendo que trata-se de

¹⁸ Blok menciona que a Lei Anticorrupção fora uma das maiores vitórias da democracia dos últimos tempos, pois inseriu o Brasil dentro de um seleto grupo de países que desejam respeitar um ambiente de negócios probo e honesto, empenhando-se a implementar padrões de negócios diferenciados na qualidade da conduta das empresas (BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 37).

¹⁹ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 25-28.

²⁰ "Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;" (BRASIL. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 07 nov. 2021).

mecanismos e procedimentos internos, auditoria, aplicação de políticas internas e código de conduta e ética, etc. cujo intuito é o de identificar possíveis atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira²¹⁻²².

Barrilari defende que o intuito da Lei fora o de incentivar as normativas de *compliance* dentro das empresas, ou seja, atividades que incentivam ou favoreçam a observância das normas e regulamentos (sejam internos ou externos), fazendo com que as organizações acabem se preocupando mais em prevenir ilícitos de qualquer natureza - o objetivo do legislador seria, portanto, a transferência de valores éticos para dentro das mesmas, estimulando assim uma cultura ética dentro das instituições privadas²³. Caso haja então a ocorrência de algum ato ilícito dentro do ambiente interno da organização (lembrando sempre que o mesmo poderá ser contra a administração pública nacional ou estrangeira), deverá ser conduzido um Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), o qual tem o prazo de 180 dias - prorrogáveis - para a sua conclusão. O PAR, devido ao art. 8º, parágrafo 2º, da Lei Anticorrupção será de competência exclusiva (instauração, apuração e julgamento) da Controladoria-Geral da União (CGU) quando envolver a administração pública nacional e estrangeira, além disto a CGU possui o poder avocar para si processos em andamento para averiguar sua regularidade e/ou solicitar sua correção²⁴.

Veríssimo destaca que o art. 5º da Lei Anticorrupção traz consigo diversos tipos de ilícitos administrativos, cujas sanções são aplicadas, em regra, pela própria Administração Pública através de um processo administrativo litigioso. Ademais, a autora deixa claro seu posicionamento que tais ilícitos administrativos também caracterizam ilícitos penais (tal qual

²¹ "Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade."(BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 07 nov. 2021).

²² O próprio p.ú. do Art. (artigo) 41 do Decreto nº 8.420 corrobora nossa posição de que programas de *compliance* são particulares de cada organização. O texto legal prevê que o programa deve ser atualizado e moldado de acordo com a realidade e riscos da atividade da pessoa jurídica, o que demonstra um entendimento do ente público que, ainda que existam características em comum (tal qual aquelas previstas no próprio Decreto), cada programa de *compliance* será único no seu modo de ser, visto que ele existe para atender a realidade da atividade da pessoa jurídica que o aplica.

²³ BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e *compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 231.

²⁴ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p.42.

o inciso I que equivaleria ao art. 333 do Código Penal, por exemplo) e por haver independência de instâncias, uma conduta poderia configurar-se tanto em um ilícito administrativo, civil ou penal, ou seja, contanto que a esfera de responsabilização seja diversa, não haveria a violação do princípio de *bis in idem*²⁵. Importante salientarmos que há uma diferença no tipo de responsabilização previsto na Lei Anticorrupção. De acordo com Moreira, Canto e Guzela a Lei determina que as empresas sejam responsabilizadas objetivamente pelos atos praticados pelos seus colaboradores (Art. 2º), enquanto que os seus dirigentes /administradores/colaboradores terão sua responsabilidade auferida de acordo com a sua culpabilidade (Art. 3º, parágrafo 2º), ou seja, basta apenas que haja uma análise no sentido de se houve ou não uma conduta (omissiva inclusive) da organização que tenha gerado a fraude (se a resposta for positiva então configura-se a responsabilidade da empresa, sem a necessidade de individualizar-se a conduta que deu origem ao dano). Por outro lado, isto não se aplica aos dirigentes/administradores/colaboradores, pois é necessário que para estes seja demonstrado o dolo (tornando a sua responsabilidade subjetiva)²⁶.

1.2.1 Dos requisitos do Decreto 8.420/15

De início teceremos uma breve crítica à respeito dessa imposição estatal à respeito de como deve ser estruturado um programa de *compliance*. Dentro de uma ótica de autorregulação regulada, como destaca Veríssimo, não há espaço para um detalhamento minucioso do Estado de como o programa deve ser estruturado, pois - além de não ser possível fazê-lo com precisão - não é recomendável que se o faça. A legislação deveria apenas se ocupar em estabelecer critérios/estruturas fundamentais aos programas, permitindo assim que as próprias empresas se encarreguem de desenvolver o programa de acordo com a sua realidade (com base em fatores específicos que as diferem das demais - tamanho, porte da operação, riscos ligados à atividade, dentre outros).²⁷

De acordo com o Art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 o programa de integridade será avaliado pelos seguintes parâmetros:

²⁵ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p.192-193.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; CANTO, Mariana Dall" Agnol; GUZELA, Rafaela Peçanha. *Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/2013)*. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). *Manual de Compliance*. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 393-394.

²⁷ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 273.

Art. 42. [...]

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.²⁸

Antes de abordarmos cada ponto dos parâmetros supracitados é necessário destacar que, de acordo com a Portaria nº 909 da CGU, o programa de integridade deverá fornecer as informações que deverão estar comprovadas nos relatórios de perfil e de conformidade do programa, conforme Art. 5º da Portaria. Tal relatório por sua vez deverá conter: (i) a estrutura do programa, com a indicação de quais parâmetros do Art. 42 do Decreto foram implementados; (ii) a descrição de como estes parâmetros foram implementados, assim como sua importância para a mitigação de riscos de ocorrência dos atos lesivos previstos no Art. 5º

²⁸ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

da Lei Anticorrupção; (iii) a demonstração do funcionamento do programa de integridade, na rotina da pessoa jurídica (devendo constar histórico de dados, casos concretos da atuação do programa, etc.).²⁹

Começando pelo inciso primeiro temos talvez o mais importante de todos, que de forma sintética podemos definir como "apoio da alta gestão". Sua importância se mostra no fato de que se não houver o "*walk the talk*" pelos gestores e membros da alta cúpula de poder da organização o programa de integridade torna-se apenas um custo e não mais um investimento, tornando-se apenas uma forma dissimulada de atender as normas legais. O que recomenda-se, portanto, é que: 1) o presidente da empresa reafirme seu comprometimento com o programa de integridade e a ética negocial aos *stakeholders*, 2) reuniões periódicas entre a alta gestão e o coordenado do setor de *compliance*, 3) destinação de orçamento específico e condizente para o setor poder exercer suas funções de acordo com o tamanho da empresa³⁰⁻³¹. A própria ISO (*International Organization for Standardization*) nº 37.301 que trata sobre a gestão de programas de *compliance* determina que para um apoio eficaz da alta gestão o Órgão Diretivo, juntamente com a Alta Direção, se unam em prol de um apoio (assim como sua aderência) ao *compliance*, que encorajem o comportamento que o cria e fortaleça, além de rechaçar qualquer tipo de atividade que vá contra o mesmo³².

Passando ao inciso segundo, este trata à respeito das Políticas Internas e Código de Conduta que devem ser aplicados a todos, independente de sua posição hierárquica dentro da empresa. Esses documentos são importantes ferramentas de comunicação formal dentro da empresa, pois é através deles que a alta gestão pode comunicar aos *stakeholders* e sociedade quais são os valores da empresa, seus valores, comportamentos que são esperados dentro da organização, assim como aqueles que são proibidos³³. Saavedra e Valadares afirmam que é importante que estas ferramentas sejam disponibilizadas de forma escrita e que sejam

²⁹ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 51-52.

³⁰ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 54.

³¹ Saad-Diniz alerta aqui para a falácia da responsabilização criminal dos dirigentes como forma de conseguir informações de interesse público e também como incentivo à cooperação. O autor afirma que esta prática é um equívoco, assim como trata-se de um equívoco a ideia de responsabilização individual como pontapé inicial para a renovação da governança corporativa. Ainda, não há evidências de que a intimidação do alto escalão da empresa, através da persecução penal, desencoraje sua participação em crimes econômicos ou que até mesmo produza um engajamento ético dentro da empresa. Em outras palavras, o jurista defende que regulador deve se ocupar de regular, fiscalizador de fiscalizar, promotor da investigação e gestor de gerir. (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 170).

³² ABNT. ABNT NBR ISO 37301: *Sistemas de gestão de compliance - Requisitos com orientações para uso*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 33.

³³ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 56.

distribuídas e disseminadas entre todos, pois contribui para o efetivo entendimento e engajamento do colaborador evitando assim ruídos de comunicações, bem como que qualquer desvio daquilo que é esperado do mesmo pode ser comunicado através do canal de denúncias (ou ouvidoria)³⁴. Quanto à sua confecção, não há uma regra específica, porém para que se atinja os critérios estabelecidos pela Lei Anticorrupção de acordo com o Código de Conduta e Ética apresentar: (i) de forma explícita os valores adotados pela empresa, no que toca as questões de ética e integridade, (ii) menção nas políticas à respeito de prevenção de fraudes e ilícitos (em especial as relações da organização com o poder público), (iii) medidas disciplinares para casos de transgressões às normas da empresa, (iv) esclarecimento sobre a existência do canal de denúncias e (v) vedação expressa à retaliação de denunciadores (bem como mecanismos de proteção para os mesmos)³⁵.

No inciso terceiro o Decreto também trata das Políticas Internas e Código de Conduta e Ética, porém agora aplicados à terceiros. Com o intuito de evitarmos tautologia, abordaremos aqui as Políticas Internas da organização, em razão de já termos tratado à respeito do Código de Conduta e Ética quando analisamos o inciso anterior. De acordo com Saavedra e Valadares as Políticas Internas são um conjunto de procedimentos e controles internos para dar respostas aos riscos identificados nas avaliações de riscos, devem abordar temas de grande impacto para organização e contemplar etapas descritas para a execução de um determinado processo. São um panorama dos objetivos da gestão de *compliance*, encarregadas de determinar um escopo deste sistema de gestão, fixando o grau de autonomia do setor responsável, apontando as responsabilidades de reporte de problemas de não conformidade e descrevendo a forma como se dará a interação do setor de integridade com os demais³⁶. Dentre alguns exemplos de Políticas Internas podemos ter as de "relacionamento com o poder público" cuja efetividade se demonstra na sua capacidade de mitigar riscos relacionados à participação em licitações e contratos administrativos, pagamento de tributos, obtenção de licenças, etc. Já uma "política sobre oferecimento de brindes a agente público" determinaria diretrizes para desenvolver um discernimento crítico do funcionário ao oferecer

³⁴ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VALADARES, Heloisa de Carvalho Feitosa. Sistema de gestão de *compliance*: políticas, procedimentos e controles internos. In: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). Compliance na área da saúde. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 9.

³⁵ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 56-57.

³⁶ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VALADARES, Heloisa de Carvalho Feitosa. Sistema de gestão de *compliance*: políticas, procedimentos e controles internos. In: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). Compliance na área da saúde. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 9.

uma hospitalidade ou brinde para que isto não venha a acarretar em um ganho indevido para a empresa. Uma "política sobre controles e registros contábeis" é estritamente necessária para o controle e identificação de improbidades - aqui, para atendimento à Lei Anticorrupção, deve-se buscar o maior detalhamento possível dos registros contábeis, com histórico elaborado. Finalizando os nossos exemplos de algumas possíveis Políticas Internas temos a "política de Anticorrupção", a qual possivelmente é a mais importante de todas, que deve estar em conformidade com a Lei Anticorrupção levando sempre em consideração o grau de proximidade que a organização tem com o ente público, para que assim se combata o risco de corrupção proveniente desta interação³⁷.

Passando ao inciso quarto percebemos que trata-se de "treinamento periódico" à respeito do programa de integridade. A ISO 37.301 estabelece como objetivo de um programa de treinamento "[...] assegurar que as pessoas são competentes para cumprir os seus papéis de forma consistente com a cultura de *compliance* da organização e com o seu comprometimento com o *compliance*."³⁸. Saad-Diniz defende que, conceitualmente, os treinamentos são voltados para a prevenção de ilícitos econômicos ao permitirem que as pessoas compreendam as expectativas da organização com relação ao seu comportamento ético-profissional³⁹. Quanto à sua aplicação, basicamente defende-se que sejam feitos de forma clara e planejado de acordo com os eventos internos da empresa e do mercado, através de ferramentas corporativas, palestras, *workshops*, etc. desenvolvidos de acordo com o público que pretendem alcançar, garantindo que a informação chegue ao destinatário necessário⁴⁰. O inciso quinto nos traz a "análise periódica de riscos" para que se atualize o programa de integridade. Não temos como tratar de *compliance* sem que para isso falemos à respeito de análise de riscos, pois um efetivo programa de integridade é guiado por uma contínua análise, identificação e avaliação desses⁴¹. Indo nesta linha, Veríssimo afirma que a análise de riscos é o primeiro passo para qualquer esforço em prol de um *compliance* sério⁴². A ISO 37.301 define que a avaliação de riscos constitui:

³⁷ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 58-63.

³⁸ ABNT. ABNT NBR ISO 37301: *Sistemas de gestão de compliance - Requisitos com orientações para uso*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 36.

³⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 185.

⁴⁰ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 64.

⁴¹ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 65.

⁴² VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 277.

[...] a base para a implementação do sistema de gestão de *compliance* e a locação de recursos e processos adequados e apropriados para gerenciar os riscos de *compliance* identificados.

Os riscos de *compliance* podem ser caracterizados pela probabilidade de ocorrência e as consequências de não *compliance* com a política e as obrigações de *compliance* da organização.

Os riscos de *compliance* incluem os riscos de *compliance* inerentes e os riscos de *compliance* residuais. Os riscos de *compliance* inerentes se referem a todos os riscos de *compliance* enfrentados por uma organização em uma situação descontrolada sem qualquer medida correspondente de tratamento dos riscos de *compliance*. Os riscos de *compliance* residuais são os riscos de *compliance* não controlados efetivamente pelas medidas existentes de tratamento de risco de *compliance* de uma organização.⁴³

Percebe-se então que o risco trata-se de uma relação entre dano, perigo e exposição de perigo⁴⁴. Logo, é de interesse das empresas fazer um gerenciamento de riscos adequado para aumentar a previsibilidade de suas ações e do cenário externo. O IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) trata o gerenciamento de riscos corporativos como algo inerente ao planejamento da organização, composto por processos contínuos e desenhados para apresentar uma resposta à eventos que possam vir a atrapalhar o alcance dos objetivos da empresa, bem como a necessidade de uma governança corporativa - responsável por manter este sistema ativo e em funcionamento⁴⁵. Nesta linha, temos o *Risk Assessment* que nada mais é do que um processo inicial cuja finalidade é a de identificação dos riscos aos quais a empresa está exposta, fatores existentes, impacto potencial e probabilidade de materialização, concluindo assim qual seria o melhor plano de ação para ajustar as medidas mitigatórias⁴⁶.

No inciso sexto está prevista a questão dos registros contábeis completos e precisos das transações da pessoa jurídica. O registro contábil tem como função a documentação completa de cada transação financeira efetuada pela empresa, além disto o mesmo é obrigatório para toda e qualquer empresa, conforme a Interpretação Técnica Geral 2000 -

⁴³ ABNT. ABNT NBR ISO 37301: Sistemas de gestão de *compliance* - Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 27.

⁴⁴ Saad-Diniz defende que o objeto da análise de risco é a identificação dos mesmos juntamente com recomendações estratégicas de *compliance* para aprimorar os níveis de detecção, apuração e reação da organização. Os métodos correspondem, portanto, à análise de fenômenos empíricos - utilizando-se para isto de testes e simulações, assim como coleta de dados - com o intuito de identificar a origem do risco, o seu possível impacto, seus elementos agravantes e atenuantes e a capacidade de reação da pessoa jurídica. O seu controle deve formular estratégias de intervenções e ações nas áreas de maior risco, bem como treinamento ou contratação de profissionais para as situações de emergência. (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 143-144).

⁴⁵ IBGC. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura, p. 14.

⁴⁶ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 67.

aprovada pela Resolução 1330/2011 do Conselho Federal de Contabilidade - independente do porte da organização ou da forma societária em que se encontra (lembrando sempre que este documento só pode ser confeccionado por um contador ou técnico de contabilidade, em conjunto com o detentor das informações: sócios e/ou Alta Administração)⁴⁷. O inciso sétimo traz a temática dos controles internos para dentro do Decreto 8.420. O objetivo aqui é o de controlar, supervisionar e fazer com que os registros sejam realizados em conformidade com as normas legais e com o conceito de *compliance*. Tem-se o intuito de identificar oportunidades para aperfeiçoamento com base na prevenção de riscos através do gerenciamento do *compliance*⁴⁸. Ademais, Saavedra e Valadares estabelecem que a prática da (in)aplicabilidade de alguma norma interna deve estar alinhada com as Políticas Internas (caso não esteja compromete-se o *compliance* da organização), cabendo aos controles internos a verificação dessa congruência e eventual correção de desvios. Ainda, a implementação dos controles internos é feita à partir de uma apuração dos riscos atinentes à empresa (após o estabelecimento de riscos aceitáveis e inevitáveis) que irá servir como base para o desenho e extensão dos controles a serem implementados e diluídos dentro dos processos internos da instituição. São medidas de gerenciamento projetadas para proteger a integridade da organização, assim como assegurar o funcionamento das atividades dentro do desejável, em outras palavras, os controles internos funcionam como "elementos voltados ao monitoramento da efetividade dos padrões de conduta, políticas e procedimentos".⁴⁹

Procedimentos específicos para prevenção de fraudes e ilícitos em licitações, contratos administrativos ou em qualquer interação com o Poder Público é o critério de avaliação trazido no inciso oitavo do Decreto. Aqui é importante que seja verificado o quão próxima/dependente é a empresa do ente público, justamente para determinar o quão assertivas devem ser as Políticas Internas em relação à interação dos colaboradores da empresa com autoridades do Governo, assim como reforço nos treinamentos e processos de *due diligence*. É prudente também que a organização estabeleça políticas (em especial a de relacionamento com o Poder Público) que proíbam veementemente qualquer tipo de oferecimento de vantagem (não necessariamente monetária) à qualquer membro do Governo com o intuito de obter influência sobre decisões em processos licitatórios ou informações

⁴⁷ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 72.

⁴⁸ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 73.

⁴⁹ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VALADARES, Heloisa de Carvalho Feitosa. Sistema de gestão de *compliance*: políticas, procedimentos e controles internos. In: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). Compliance na área da saúde. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 9.

confidenciais⁵⁰. O nono inciso estabelece a independência, estrutura e autoridade do setor de integridade dentro da organização, responsável este pelo bom andamento do programa. A CGU, inclusive, estabelece isto como um dos pilares do programa de integridade, afirmando que independente de qual que seja a instância responsável pelo programa, a mesma precisa ser dotada de independência, autonomia e imparcialidade (além de recursos suficientes - humanos e estruturais) para ter pleno funcionamento - e se possível com acesso direto à Alta Gestão da empresa⁵¹⁻⁵². Destaque-se que recursos suficientes não significam necessariamente uma quantidade elevada, pois isto acarretaria na compreensão (equivocada) de que somente empresas de grande porte poderiam suportar um programa de *compliance*, o que não é o caso. A suficiência aqui está ligada à necessidade de manter o programa independente para que as decisões desta instância alcancem a Alta Gestão e sejam assim consideradas nas tomadas de decisões da empresa⁵³.

Acertadamente o Decreto prevê, no inciso décimo, a necessidade de que a empresa possua canais de denúncia⁵⁴ para comunicação de irregulares, juntamente com a proteção do denunciante. O IBGC alega que é um instrumento válido para as empresas se utilizarem - contanto que o mesmo esteja previsto no Código de Conduta da organização -, para acolher opiniões, críticas, reclamações, etc. contribuindo para o "combate a fraudes e corrupção e para a efetividade e transparência na comunicação e no relacionamento da organização com as

⁵⁰ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 75.

⁵¹ CGU. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015. *E-book*. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 01 dez 2021. Em pdf, p. 1-28, p. 6.

⁵² Indo nesta mesma linha, o IBGC afirma também que o setor também deverá possuir um tamanho e complexidade correspondente à dimensão da organização em que ele se encontra. Devendo impor mecanismos de controle para administrar possíveis conflitos de interesses quando o responsável pelo *compliance* abarcar outra função além desta. (IBGC. *Compliance à Luz da Governança Corporativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura, p. 38).

⁵³ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 77-78.

⁵⁴ Não há uma regra rígida sobre como deve ser feito o canal de denúncias, de acordo com a CGU, pois cabe à empresa avaliar qual o melhor meio para a sua realidade. As formas podem ser as mais diversas: urnas, telefones, internet, etc., pois o objetivo é que seja facilitado a comunicação de irregularidades. Os canais devem ter a capacidade de não só atender os colaboradores da organização, como também terceiros e o público externo, garantindo sempre a proteção do denunciante e também que, de alguma forma, este consiga acompanhar o andamento de sua comunicação, aumentando assim o grau de confiança naqueles que tem algo a reportar. (CGU. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015. *E-book*. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 01 dez 2021. Em pdf, p. 1-28, p. 21)

partes interessadas"⁵⁵. Saad-Diniz alerta que este mecanismo não é tão eficaz quando se trata de prevenção, suas funções estão mais direcionadas para a reação da empresa. É importante que o canal possibilite a produção de métricas que permitam a avaliação da capacidade de detecção e reação ao comportamento corporativo socialmente danoso, ou seja, o canal não deve ser somente um amontoado de denúncias, ele deve expressar também uma melhoria no nível de detecção de irregularidades ao invés de somente buscar uma cultura de punição pela infração realizada⁵⁶. Corroborando esta linha de pensamento, a ISO 37.301 estabelece que deve ser documentado no processo de investigação as revisões no sistema de gestão de *compliance* considerando as lições aprendidas durante o processo. Uma investigação interna eficaz é aquela que consegue identificar a causa-raiz das vulnerabilidades do sistema (contemplando a extensão, abrangência, número de pessoas envolvidas, duração e frequência do não *compliance*)⁵⁷. Uma vez que seja iniciado o processo de investigação, resultante de uma denúncia realizada pelo canal de comunicação, sugere-se que os profissionais competentes pela sua realização sigam um determinado rito, à saber: 1) o denunciante comunica a irregularidade, que deve ser documentada por escrito (ou pelo denunciante ou por quem recebe a denúncia); 2) o profissional responsável pelo canal analisa, classifica e sugere procedimentos para a apuração dos fatos (é prudente que se contrate consultoria especializada, para garantir o sigilo e confidencialidade); 3) a unidade de *compliance* (não necessariamente todo o setor mas sim um grupo formado especificamente para determinada investigação) estrutura um plano de investigação, executa-o, elabora o seu relatório final (este deverá conter pelo menos o resumo do relato, o plano de investigação e eventuais limitações e a conclusão) e finalmente encaminha a conclusão para o responsável pela solução e gera indicadores de não *compliance*, conforme mencionado anteriormente; 4) o comitê de avaliação analisa o relatório, em uma investigação específica, verificando se a mesma foi realizada em tempo coerente e se está adequada - em caso positivo o comitê recomenda as medidas cabíveis e o processo transforma-se em arquivado no canal de denúncias, em caso negativo o relatório transforma-se em inconclusivo e é encaminhado para a unidade de *compliance* realizar a investigação; 5) o comitê de deliberação também analisa o relatório e verifica se a investigação fora conduzida corretamente, em caso negativo envia novamente ao grupo

⁵⁵ IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura, p. 95.

⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179.

⁵⁷ ABNT. ABNT NBR ISO 37301: Sistemas de gestão de *compliance* - Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 40-41.

responsável para que efetuem uma nova investigação, em caso positivo delibera sobre as medidas a serem aplicadas e se encaminha para o *compliance* remeter ao RH, ou outros envolvidos, ao final o processo constará como concluído no canal de denúncias⁵⁸. Sobre a questão do denunciante e a investigação, Saad-Diniz comenta que o dever de denunciar está intrinsecamente ligado ao de investigar, porém é necessário que se tenha um juízo de razoabilidade para seguir adiante com a investigação, pois caso seja solicitado que os denunciantes tenham plena convicção dos fatos narrados pode acarretar em uma escassez de comunicações, ainda há também o problema das altas hierarquias que são aquelas que tem mais condições de ocultar informações dos demais colaboradores⁵⁹.

O inciso décimo primeiro prevê a existência de medidas disciplinares para todos que desrespeitarem as normas de *compliance*. O que se busca aqui é a credibilidade do programa de integridade sendo essencial, portanto, que todos os colaboradores (independente da posição hierárquica que ocupem dentro da organização) estejam subordinados às medidas punitivas (desde que justas e proporcionais ao ato cometido) previstas nas Políticas Internas. É prudente que as medidas a serem adotadas também tenham algum caráter cautelar (como afastamento do cargo temporariamente, por exemplo) para que não se atrapalhe o curso da investigação interna. Deve-se também haver a previsão de quem é o responsável pela aplicação da sanção e os procedimentos formais a serem seguidos para a aplicação desta⁶⁰. No caso do inciso décimo segundo o Decreto estipulou que houvessem procedimentos que assegurassem a pronta interrupção das irregularidades/infrações detectadas, assim como a reparação dos danos cometidos. É importante ressaltar que não podemos julgar o programa de *compliance* como ineficiente por conta de uma não conformidade pontual, pelo contrário a ISO 37.301 informa que a identificação de um não *compliance* pode ser uma ótima oportunidade para a empresa: (i) avaliar o desempenho dos produtos e serviços, (ii) melhorar ou reprojeter os produtos e serviços, (iii) estudar formas de melhorias nas práticas e procedimentos organizacionais, (iv) retreinamento da equipe, (v) reavaliação da necessidade de informar as partes interessadas, (vi) provimento de aviso prévio sobre um potencial não *compliance*, (vii)

⁵⁸ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 82-83.

⁵⁹ O autor menciona ainda que o dever de investigar deve ser tratado com maior atenção pelas unidades de *compliance*. É importante que se pese com cuidado a alocação de esforços investigatórios e que se estabeleça critérios claros de priorização do controle interno. O expansionismo das possibilidades de denúncia com uso indiscriminado de intimidação e reforço punitivo é bastante criticável na visão do jurista. (SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181-182).

⁶⁰ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 93-94.

análise crítica sobre os controles internos, (viii) reforço das etapas de notificação e escalonamento e (ix) comunicação de fatos relacionados a não conformidade e a posição da empresa em relação a isto⁶¹. Em relação à pronta remediação prevista no artigo, a mesma deve estar coadunada com as medidas disciplinares da organização em conjunto com a investigação interna promovida para apuração da irregularidade⁶².

A *due diligence* é o próximo requisito de avaliação do programa de conformidade, previsto no inciso décimo terceiro, como forma de atenuação de penas previstas na Lei Anticorrupção e no Decreto 8.420. Para Lanzini a *due diligence* trata-se de um processo conduzido pela organização para identificar as principais qualidades e deficiências de uma outra organização com o intuito de se verificar a existência de riscos/oportunidades para os processos de negociação (motivo pelo qual muitas vezes irá exigir uma equipe multidisciplinar para executar esta tarefa)⁶³. Indo nesta mesma linha, Pinheiro, Lorca e Araújo comentam que a *due diligence* é um excelente mecanismo para as pessoas jurídicas identificarem os parceiros comerciais aos quais querem se relacionar, assim como verificar a situação da empresa a ser adquirida (em uma fusão ou incorporação), por exemplo, visto que subsiste a responsabilidade da empresa sucessora nos atos contra a administração pública⁶⁴. Podemos dizer então que o seu objetivo é a verificação de prováveis distorções empresariais, não acordadas, ilegais ou antiéticas, assim como entender as boas práticas corporativas e como estas são capazes de minimizar os riscos inerentes àquele negócio. Basicamente, a *due diligence* serve para avaliar riscos envolvidos e servir como auxílio à Alta Gestão na tomada de decisões (trazendo segurança jurídica e previsibilidade para o negócio)⁶⁵. O IBGC recomenda que o processo de *due diligence* contemple procedimentos que podem ir desde a identificação, classificação até o monitoramento dos contratos envolvendo terceiros - devendo sempre levar em consideração o tamanho da empresa e os riscos envolvidos da atividade⁶⁶. O rito da diligência pode ser dividido em cinco etapas: 1) Entender as questões de *compliance* -

⁶¹ ABNT. ABNT NBR ISO 37301: Sistemas de gestão de *compliance* - Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 46.

⁶² BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 95.

⁶³ LANZINI, Luiz Eduardo. Governança corporativa e compliance: global trading. Curitiba: Contentus, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 97.

⁶⁴ PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. *Due Diligence* anticorrupção de terceiros e em fusões e aquisições. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). Manual de Compliance. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 157.

⁶⁵ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 96-97.

⁶⁶ IBGC. *Compliance à Luz da Governança Corporativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura p. 32.

conhecer as regulamentações envolvendo a empresa e a necessidade de mitigação de riscos através de terceiros; 2) Definição de objetivos - o processo de devida diligência deve estar de acordo com os riscos estratégicos, financeiros, regulatórios, etc. que a pessoa jurídica pode acabar se deparando; 3) Análise de documentação - nesta etapa pode haver uma variação caso se trate de uma pessoa jurídica ou física, para a pessoa física deve-se solicitar seus documentos de identidade, elos políticos (se houver) afim de se buscar por *red flags*, para a pessoa jurídica deve-se atentar para os atos constitutivos da mesma, peculiaridades dos acionistas e beneficiários, organograma societário e conexões políticas que a mesma possa vir a ter; 4) Avaliação de riscos - aqui é feita uma análise de risco baseada nas informações coletadas pela *due diligence*, tem-se como principais riscos os provenientes do país de origem da empresa (como, por exemplo, o índice de corrupção do país), os riscos específicos do setor (aqui podemos citar as instituições financeiras), os riscos de entidade (*joint-ventures*, por exemplo) e risco financeiro (deficiência nos treinamentos, cultura de bônus que recompense riscos excessivos, falta de políticas e procedimentos claros, etc.); 5) Validação das informações - após a análise de riscos as informações recebidas pelo processo de *due diligence* devem ser verificadas à respeito de sua veracidade e posteriormente arquivadas⁶⁷. Saad-Diniz, por sua vez, alerta que por não haver um conceito claro sobre o que é a *due diligence*, muito menos um referencial legislativo preciso (ainda que se tenha o inciso XIII do Art. 42 do Decreto 8.420/15) é altamente recomendável que as empresas (os grandes *players* do mercado) mobilizassem esforços e destinassem recursos para desenvolver e aperfeiçoar cientificamente as práticas de diligência, liderando assim "pelo exemplo" e criando, por consequência, padrões de comportamentos éticos a serem utilizados ao longo da sua cadeia de fornecedores e redes contratuais que possuem⁶⁸. Ainda, é preciso dizer que o processo de *due diligence* acarreta em um aumento de custos na hora de fazer contratações ou até mesmo de firmar contratos de trabalho, entretanto é preciso lembrar que tal processo pode mudar decisões da Alta Gestão por demonstrar riscos e falhas não previstas anteriormente, evitando assim possíveis prejuízos financeiros e de reputação⁶⁹.

No décimo quarto inciso temos algo semelhante ao anterior, porém aqui trata-se especificamente da verificação de irregularidades dentro das pessoas jurídicas envolvidas em

⁶⁷ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 98-99.

⁶⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 88.

⁶⁹ PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. *Due Diligence* anticorrupção de terceiros e em fusões e aquisições. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). Manual de Compliance. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 171.

processos de reestruturação, fusão e aquisição societária. Aqui o processo de diligência consiste basicamente na coleta de informações com o intuito de analisar detalhadamente a situação do negócio a ser adquirido⁷⁰. O décimo quinto inciso trata do monitoramento e aperfeiçoamento do programa de integridade. De acordo com a ISO 37.301 o monitoramento consiste no processo de coleta de informações com o propósito de avaliar a eficácia da gestão do programa de *compliance*, assim como o desempenho do programa dentro da organização⁷¹. Para a CGU o monitoramento pode ser feito através da coleta de informações pelos seguintes métodos: (i) relatórios regulares sobre a rotina do programa de integridade, (ii) tendências nas reclamações dos clientes, (iii) canal de denúncias e (iv) relatório de agências governamentais fiscalizadoras. Cabe também a utilização de auditoria para a coleta de informações, porém independente da medida escolhida para esta tarefa o monitoramento deve estar atento à estas questões: 1) as políticas estão sendo aplicadas adequadamente para a prevenção de riscos? 2) o setor responsável pelo programa de integridade está realizando o monitoramento de forma objetiva e com autonomia? 3) o monitoramento engloba todas as áreas envolvidas no programa de *compliance*? 4) os resultados encontrados em auditorias anteriores, dentre outros mecanismos de revisão, foram corrigidos? 5) a empresa desenvolve planos de ação para as fragilidades encontradas no processo de monitoramento?⁷² É através do monitoramento contínuo que a empresa consegue responder tempestivamente à novos riscos que venham a surgir ao longo do tempo. Possibilita também que à partir das falhas e lacunas detectadas se possa investigar a origem do problema e assim buscar uma solução interna ou externa ao mesmo⁷³. Chegando ao fim deste tópico temos o último inciso, décimo sexto, que já não pode mais ser levado em consideração tendo em vista que o mesmo prevê a transparência da organização no que toda a questão de doações para candidatos e partidos políticos. Com o advento da Reforma Eleitoral, Lei nº 13.165 de 2015, as doações ficaram restritas somente à pessoas físicas, devendo as mesmas seguirem uma série de requisitos para tal⁷⁴.

⁷⁰ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 111.

⁷¹ ABNT. ABNT NBR ISO 37301: Sistemas de gestão de *compliance* - Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021, p. 41.

⁷² CGU. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015. *E-book*. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 01 dez 2021. Em pdf, p. 1-28, p. 23-24.

⁷³ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 112.

⁷⁴ BRASIL. Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação

1.2.2 A Portaria nº 909/2015 da Controladoria-Geral da União

Mesmo com todos os requisitos elencados no Art. 42 do Decreto regulamentador da Lei Anticorrupção para a avaliação de um programa efetivo de *compliance*, nos falta ainda saber como será feita esta avaliação. Tendo como órgão responsável a CGU, a instituição ocupou-se em emitir a Portaria nº 909 que estabelece justamente como será feita a avaliação e qual o objetivo dela. Assim dispõe o Art. 1º e 2º:

Art. 1º Os programas de integridade das pessoas jurídicas, para fins da aplicação do disposto no inciso V do art. 18 e no inciso IV do art. 37 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, serão avaliados nos termos desta Portaria.

Art. 2º Para que seu programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar:

I - relatório de perfil; e

II - relatório de conformidade do programa.⁷⁵

De início percebemos que a avaliação a qual a Portaria se propõe a abordar refere-se à redução de um a quatro por cento da multa resultante do PAR e da implementação de programas de integridade na empresa, proveniente de acordo de leniência firmado⁷⁶. Como condicionantes para a avaliação a organização deverá apresentar dois documentos: (i) o relatório de perfil e (ii) relatório de conformidade do programa.

1.2.2.1 Relatório de Perfil

Como já destacado anteriormente, é necessário que a organização apresente o relatório de perfil a fim de que seu programa de integridade seja avaliado. O conteúdo deste relatório encontra-se no Art. 3º da Portaria, o qual define nos seus seis incisos quais são as informações pertinentes a serem demonstradas⁷⁷. Ainda, para uma maior segurança na

feminina. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm. Acesso em: 01 dez. 2021.

⁷⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 909 de 07 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34001/8/Portaria909_2015.PDF. Acesso em: 01 dez. 2021.

⁷⁶ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁷⁷ O art. 3º prevê sete incisos que, por sua vez, contém informações a serem prestadas pela pessoa jurídica. Todos os incisos prevêm informações obrigatórias que deverão constar no relatório de perfil da organização ao ser apresentado no PAR. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 909 de 07 de abril de 2015.

confeção deste documento podemos utilizar o modelo disponibilizado pela própria CGU, que redigiu um guia específico para a avaliação do programa de integridade dentro do PAR⁷⁸. No Anexo II deste guia temos um modelo preparado pela entidade para que a organização preencha e assim submeta-o ao Poder Público. Além da qualificação da pessoa jurídica e dos dados do processo administrativo são dispostos sete tópicos, baseados nos incisos do Art. e suas alíneas, que devem ser preenchidos para que a devida avaliação seja feita.

O primeiro refere-se ao setor de mercado que a empresa atua dentro do Brasil e, caso seja o caso, qual o setor mercadológico que atua no exterior. Aqui a organização deve informar a atividade desenvolvida por ela e em quais territórios dentro do Brasil e do exterior ela as exerce. Caso se trate de uma empresa de capital aberto deverá também informar onde são negociados os seu valores mobiliários. No segundo tópico deve-se apresentar a estrutura organizacional da pessoa jurídica, demonstrando sua hierarquia interna, os processos decisórios e principais competências dos setores, diretoria, conselho, etc. A organização deverá entregar anexar também o estatuto/contrato social e organograma interno, bem como informar se precisa de autorização de outras pessoas jurídicas para funcionar e se já fora condenada na esfera cível ou administrativa por atos de corrupção, fraude a licitações e/ou contratos administrativos.

O terceiro refere-se às participações societárias que a pessoa jurídica tem como controladora, controlada, coligada ou consorciada. Deverão informar qual é a composição do capital social da empresa, bem como apontar quais são os principais sócios/acionistas (com o percentual detido de cada um), dizer se faz parte de um grupo econômico (em caso positivo deverá enviar o organograma de todo o grupo e em quais países as demais empresas atuam) e indicar se houve operações de fusão, aquisição, incorporação, *joint venture*, consórcio, etc. (se foram realizadas também será necessário apontar qual operação fora feita e quais as demais pessoas jurídicas envolvidas nela). No quarto tópico é apresentada uma planilha a ser preenchida com as informações à respeito dos funcionários (dirigentes, administrativo, operacional, estagiários, terceirizados e outros), quantidade dos mesmos e se possuem acesso à internet.

Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34001/8/Portaria909_2015.PDF. Acesso em: 01 dez. 2021).

⁷⁸ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 62-65.

Passando ao quinto tópico, este trata sobre as interações da organização com a administração pública (estrangeira ou nacional) e subdivide-se em três subitens: a) identificar quais permissões e autorizações a empresa precisa para funcionar (bem como os órgãos responsáveis por estas emissões) e também informar se a mesma faz parte de um setor regulado (indicando também, por consequência, o órgão regulador); b) informar a quantidade de contratos efetuados com o Poder Público, identificando os anos dos contratos e o percentual de faturamento bruto anual que eles representaram na empresa; c) descrever se utilizaram (e em caso afirmativo, qual a frequência) de procuradores/despachantes/consultores/etc. nas interações com o Poder Público em, por exemplo, licitações, execução de contratos, licenças e permissões, dentre outras situações possíveis.

Em relação ao sexto tópico a empresa apenas deve dizer se se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte, assim como o faturamento bruto anual do último ano. No sétimo, e último, tópico a organização deve responder a dois itens: a) a data em que a pessoa jurídica entende que o programa de integridade foi instituído (se foi antes ou depois do ato lesivo investigado pelo PAR) e b) se o programa de integridade que a empresa aplica é global, em outras palavras, se o programa é aplicado em todos os países que a mesma exerce suas atividades.

1.2.2.2 Relatório de conformidade do programa de integridade

Da mesma forma que o outro documento, a Portaria também prevê o que deverá constar no relatório de conformidade (porém aqui as informações encontram-se no Art. 4^o⁷⁹). Além disto, a CGU, tal qual o relatório anterior, também disponibilizou ao público em geral um modelo de apresentação deste relatório, no Anexo III do seu manual⁸⁰. Entretanto,

⁷⁹ Assim como o Art. anterior, que trata do relatório de perfil, o Art. 4^o também traz informações que devem ser apresentadas pela organização no PAR, porém aqui trata-se do relatório de conformidade do programa. Dentre as informações solicitadas encontram-se as que dizem respeito à estrutura do programa, a demonstração do funcionamento do programa no dia a dia da pessoa jurídica e a atuação do programa na prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos objeto da apuração feita pelo Poder Público. Ainda, a empresa deverá apresentar todas estas informações com clareza e completude, podendo, para tal, utilizar-se de documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, memorandos, ata de reunião, dentre diversos outros documentos - preferencialmente digitais. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria n° 909 de 07 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34001/8/Portaria909_2015.PDF. Acesso em: 01 dez. 2021).

⁸⁰ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 66-74.

diferentemente do outro que apenas descrevia as informações pertinentes à cada inciso aqui a CGU aprofundou-se um pouco mais nos conteúdos a serem colocados pela organização. A empresa deverá preencher a sua qualificação e identificar a qual PAR se refere o relatório, nos mesmos moldes do anterior, e posteriormente deverá se debruçar sobre os três grandes tópicos do relatório de conformidade. O primeiro diz respeito à cultura organizacional de integridade. Nele será avaliado se a pessoa jurídica possui um ambiente que fomenta uma cultura de integridade entre todos os colaboradores (independente do grau hierárquico que se encontrem) e demais terceiros com quem a empresa se relacione. Os parâmetros de avaliação aqui considerados são os incisos I, II, III, IV e IX do Art. 42 do Decreto. Sugere-se que neste momento sejam abordados cinco temas: (i) a estrutura organizacional da pessoa jurídica e a relação com a integridade, (ii) o comprometimento da Alta Gestão, (iii) a instância interna responsável pelo programa, (iv) os padrões de conduta e ética e (v) a estrutura de treinamentos voltados ao programa.

O segundo tópico diz respeito aos mecanismos, políticas e procedimentos de integridade. Nesta próxima etapa será considerado se a empresa possui e efetivamente aplica no seu dia a dia os instrumentos de prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos elencados na Lei Anticorrupção. Os parâmetros utilizados são os incisos V, VI, VII, VIII, X, XI, XIII, XIV e XV do Decreto. São oito temas que recomenda-se a serem tratados aqui: (i) realização de análise de riscos para aperfeiçoamento do programa, (ii) prevenção de ilícitos/irregularidades nas interações com a Administração Pública, (iii) políticas e procedimentos voltados à prevenção de fraudes e ilícitos no âmbito de licitações e execução de contratos administrativos, (iv) precisão e clareza dos registros contábeis e demonstrativos financeiros, (v) *due diligence* na contratação e supervisão de terceiros, (vi) *due diligence* nos processos de fusões e aquisições e (vii) canais de denúncia.

No terceiro, e último, busca-se a demonstração, por parte da pessoa jurídica, das medidas tomadas em relação ao ato lesivo que resultou o PAR. As informações prestadas pela organização servirão para avaliar a capacidade do programa de integridade na prevenção, detecção ou remediação do lesivo, assim como se foram implementadas medidas para que futuros atos idênticos e/ou similares ocorram. Os parâmetros aqui utilizados são aqueles previstos nos incisos IV, V, XII e XV do Decreto. Os temas abordados, por sua vez, são: (i) se a pessoa jurídica conseguiu evitar a consumação do fato através de controles internos preexistentes, (ii) se a pessoa jurídica informou o ocorrido às autoridades competentes antes da instauração do PAR, (iii) se a pessoa jurídica reparou integralmente o dano causado, (iv) quais foram as ações adotadas em relação aos envolvidos no ato lesivo, (v) se foram adotadas

novas medidas, ou aprimoradas as que já existem dentro da organização, para evitar que o ato ocorra novamente, (vi) se há investigações internas (ou contratação de empresa externa independente) para averiguação se ocorreram atos semelhantes ao investigado pelo PAR.

1.2.2.3 A avaliação do programa de integridade e a metodologia sugerida pela CGU

Com o intuito de evitarmos tautologia trabalharemos aqui somente com a metodologia proposta pela CGU para a aplicação de uma avaliação sobre o programa de integridade da empresa alvo do PAR. É importante, também, lembrarmos que os parâmetros de avaliação já estão dispostos no Art. 42 do Decreto e nos seus dezesseis incisos, já detalhados anteriormente neste trabalho⁸¹, motivo pelo qual não poderá o Poder Público se abster de analisá-los quando for realizar sua avaliação. Com o intuito de facilitar esta análise a CGU disponibilizou dentro de sua obra uma metodologia que se propõe a unificar e otimizar a avaliação, tornando-a mais objetiva e célere, dentro do possível, em consonância com as características do PAR⁸².

A CGU disponibilizou uma planilha automatizada para o avaliador se utilizar no momento que for examinar as informações prestadas pela pessoa jurídica. Basta apenas que seja respondido com "não", "parcialmente" ou "sim" para as questões de cada bloco da planilha que ela irá calcular o percentual de redução automaticamente. Serão solicitadas também algumas informações à respeito do ilícito e da pessoa jurídica investigados no PAR para que a planilha possa estabelecer os pesos para cada resposta preenchida⁸³. Para fins do nosso estudo iremos abordar somente os conceitos dos blocos elencados e como estes interagem dentro do cálculo proposto pela CGU. O primeiro bloco diz respeito à "Cultura Organizacional de Integridade", onde é averiguado se a pessoa jurídica possui uma cultura de fomento e manutenção de integridade entre todos os colaboradores e terceiros. Aqui são

⁸¹ Cf. tópico 1.2.1.

⁸² A entidade deixa claro que trata-se apenas de uma sugestão, justamente pelo fato de que este tipo de avaliação demanda tempo e envolvimento de diversas áreas de conhecimento. Ademais, como cada programa de integridade deve se adequar à realidade da organização na qual está inserido o que poderá funcionar para determinada empresa poderá não surtir o mesmo resultado em outra (mesmo que ambas pertençam ao mesmo tipo de segmento de mercado). A complexidade da avaliação é imposta também pela ausência de critérios claros e concretos estabelecidos no Art. 42 do Decreto. A metodologia proposta não é obrigatória, podendo o avaliador, caso haja alguma peculiaridade no programa a ser examinado, optar por não segui-la (CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 20-24).

⁸³ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 25.

levados em conta os incisos I, II, III, IV e X do Art. 42 do Decreto. A pontuação máxima que pode ser atingida é 1,8% e a mínima 0% (pode ocorrer de que algum quesito do bloco fique com nota negativa, entretanto o valor do mesmo é arredondado para zero)⁸⁴.

No segundo bloco temos "Mecanismos, Políticas e Procedimentos de Integridade". Nele busca-se avaliar se a organização possui e aplica no seu cotidiano mecanismos, controles, etc. (instrumentos de modo geral) que consigam prever, detectar e remediar os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção. Os incisos do Art. 42, do Decreto, considerados aqui são: V, VI, VII, VIII, X, XI, XIII, XIV e XV. A pontuação máxima do bloco é de 1,5% e a mínima é 0% (novamente temos a possibilidade de que algumas perguntas fiquem com a nota negativa, nestes casos o valor é considerado 0%).⁸⁵

O terceiro e último bloco versa sobre a "Atuação da Pessoa Jurídica em relação ao ato lesivo". Diferente dos demais, ele possui algumas peculiaridades, como o conteúdo avaliado, a nota e o parâmetro utilizado. Sobre o conteúdo o que se busca avaliar são dois pontos: (i) a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo que originou o PAR e (ii) se a pessoa jurídica implementou medidas que impeçam que atos semelhantes ocorram novamente. O primeiro ponto refere-se exclusivamente à organização que já possuíam programas anteriores ao ato lesivo, o segundo pode ser aplicado também àquelas que implementaram o programa somente após o ato e ambos os pontos tratam da qualidade do programa de integridade. O único parâmetro utilizado para a avaliação desse bloco é o inciso XII do Art. 42 do Decreto. No que toca a nota, a máxima para as empresas que possuíam programas *compliance* anterior ao ato lesivo é de 1,3% e mínima de 0,3%. Para aquelas que somente instituíram programas após o ato lesivo a nota mínima poderá ser negativa, chegando até -0,6% (a nota máxima permanece a mesma). A diferença de pontuação deve-se ao fato de privilegiar-se organizações que já possuíam programas de integridade anteriores ao ato lesivo.⁸⁶

⁸⁴ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 26.

⁸⁵ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 26.

⁸⁶ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 27.

Com relação à metodologia proposta pela CGU para a execução do cálculo, esta divide-se em duas etapas. Na primeira etapa devemos multiplicar o resultado do primeiro bloco (Cultura Organizacional de Integridade) com o do segundo bloco (Mecanismos, Políticas e Procedimentos de Integridade), pois a interrelação entre os dois permitirá avaliar a existência e aplicação do programa de integridade. Caso a nota de algum deles estiver baixa prejudicará o resultado, visto que entendeu a CGU de que não é possível que um programa de integridade possua um bom desempenho se estiver precário em algum dos blocos. A segunda etapa é calculada da seguinte forma: devemos somar o resultado da primeira etapa com o percentual do terceiro bloco ("Atuação da Pessoa Jurídica em relação ao ato lesivo", lembrando novamente que aqui o resultado poderá ser negativo). O objetivo desta etapa do cálculo é possibilitar ao avaliador a verificação de como o programa de integridade atuou na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo ou, nos casos em que o programa foi implementado posteriormente a este, se a organização terá condições mínimas de evitar que o ato ilícito volte a ocorrer. Caso o resultado final desta fórmula seja maior ou igual a 1,0% teria direito a pessoa jurídica de conseguir uma redução de multa, a qual poderá chegar até o percentual de redução máximo dependendo dos critérios do avaliador. Entretanto, caso o resultado do cálculo seja inferior à 1,0% significa que o programa de integridade ou é meramente formal ou é completamente ineficaz para mitigar os riscos de ocorrência de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, motivo pelo qual não deve ser concedido nenhum percentual de redução, por este critério, na dosimetria da multa.⁸⁷

⁸⁷ CGU. Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76, p. 28-29.

2 CRIMINALIDADE EMPRESARIAL E A OMISSÃO

Dentro do entendimento majoritário da doutrina brasileira, atualmente, temos como autor da conduta delitiva os seres humanos, tendo em vista que a concepção desta doutrina preveria apenas uma conduta humana como passível de punição. Isto se dá, pois, apenas o Homem é quem possuiria a capacidade física e mental (vontade) para produzir um ato criminoso⁸⁸. Ademais, é necessário que se referencie que a ausência de uma ação positiva (omissão), também poderá ser reconhecida como uma conduta punível.

Entretanto, nem todos os países do globo possuem tribunais com jurisprudências que coadunem com este tipo de visão doutrinária. No caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, por exemplo, já existem casos de tribunais que entenderam cabível a punição da pessoa jurídica por atos praticados pelos seus funcionários. Nos Estados Unidos entende-se que há a responsabilização criminal da empresa quando o seu empregado, dentro de seu espectro de funções, age de forma criminosa no intuito de beneficiar a corporação, conforme explica Barrilari⁸⁹.

Neste quesito, o Brasil não passa muito longe do entendimento a respeito da possibilidade de condenação criminal da pessoa jurídica. No âmbito da nossa legislação pátria temos alguns casos que prevêm a condenação de empresas por crimes ambientais, entendimento este que possui, inclusive, chancela dos nossos tribunais superiores⁹⁰. Entretanto, para os demais tipos penais (crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, crime de concorrência desleal, etc.) não há este mesmo tipo de entendimento, cabendo apenas a responsabilização criminal do indivíduo.

Diante disto, pode-se perceber que a maioria dos crimes previstos dentro de nossas leis (excetuando-se os crimes ambientais em alguns casos) punem uma conduta humana, podendo a mesma ser positiva ou negativa, sendo necessário, portanto, que se faça uma distinção entre estas. Os crimes podem ser comissivos (que são fruto de uma conduta positiva do agente, que tem o intento de praticar o ilícito tipificado) e omissivos (derivados das condutas negativas são divididos em dois tipos: próprios e impróprios).

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 272.

⁸⁹ BARRILARI, Claudia Cristina. Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134-135.

⁹⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa Jurídica e Culpabilidade no Direito Penal Econômico. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 350.

Ademais, conforme já mencionado anteriormente, existe a possibilidade de que um ato ilícito previsto na Lei Anticorrupção possa ensejar diversas responsabilizações em camadas diferentes do ordenamento jurídico (tais como cível, administrativa e penal). Logo, diante desta possibilidade de ocorrer uma responsabilização criminal por conta de algum ato ilícito previsto na Lei Anticorrupção⁹¹ se impõe a necessidade de abordarmos como se dará este tipo de responsabilização sobre o *compliance officer* por crimes praticados dentro do ambiente corporativo. Com criminalidades empresariais, tal qual o mensalão em 2005 e posteriormente a operação Lava-Jato, surgindo cada vez mais dentro do cenário brasileiro decorreu-se que o nosso sistema jurídico fora profundamente afetado. No atual cenário político-criminal, estamos vivendo uma maior flexibilização dos princípios penais e garantias fundamentais resultando em uma quantidade imensa de novas condutas criminalizadas, por conta do expansionismo penal que nossa sociedade vem sofrendo, o que dificulta o exercício empresarial com a justificativa de estar-se combatendo os crimes de "colarinho branco"⁹². Cabe aqui um breve comentário à respeito do princípio de intervenção mínima do Direito Penal, que conforme descrito por Batista, trata-se de um remédio sancionador extremo, devendo ser ministrado somente quando qualquer outro mostrar-se insuficiente. Tal princípio determina que o Direito Penal só intervirá se as demais barreiras protetoras do bem jurídico dispostas por outros ramos do direito fracassarem, ou seja, de nada adianta aplicar um recurso mais gravoso quando se tem o mesmo resultado utilizando-se um mais suave⁹³. Uma das possíveis explicações para a renegação deste princípio, conforme descreve Saavedra e Vasconcellos, é o clamor, praticamente uníssono, por um punitivismo lastreado em um medo generalizado, o que acaba por transformar a tutela penal em *prima ratio*⁹⁴.

Como iremos abordar mais adiante a questão do bem jurídico e a sociedade de risco não temos o intuito de nos aprofundarmos nesse princípio (até porque não é esta a proposta deste trabalho), entretanto é importante que se deixe aqui a ressalva justamente para alertar sobre os perigos deste expansionismo penal desenfreado em que vivemos. Como Benedetti nos ensina, acaba-se criando um palco para o surgimento de um Direito extremamente

⁹¹ Cf. Tópico 1.2 deste estudo.

⁹² GUIMARÃES, César Caputo; MOREIRA, Rubens de Oliveira; BARBOSA, Nahla Ibrahim. A responsabilidade criminal do *compliance officer* e do *data protection officer* - DPO. In: CARVALHO, André Castro *et al.*, (coord.). Manual de Compliance. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 583.

⁹³ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86-87.

⁹⁴ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 267.

intervencionista e praticamente ausente de garantias fundamentais, culminando assim em uma desmoralização do próprio Direito Penal. É um Direito Penal que busca combater perigos abstratos e punir o agente não pelo que foi feito, mas pelo que ele representa. Este Direito Penal Simbólico atua como uma resposta política aos anseios sociais, gerando uma falsa sensação de solução para os males da sociedade. Não há aqui a finalidade de reprimir e minimizar as condutas proibidas, mas sim uma estratégia de manipular ilusoriamente culturas morais e apresentar uma "resposta" de segurança social, que na prática mostra-se meramente hipotética.⁹⁵⁻⁹⁶

Ainda, Barrilari é categórica ao destacar que os novos bens a serem tutelados pelo Estado (saúde, segurança e meio ambiente) trazem tentativas de novas formas de regulação por parte do poder público. Ante essa crise, mencionada anteriormente, utiliza-se o Estado do poder punitivo como forma de regulamentação. Há, portanto, uma escolha a ser feita: deixar a regulação das atividades empresariais ao encargo do Estado (estatismo) ou deixá-las aos encargos do próprio mercado (em um modelo de liberalismo puro, acreditando-se que a "mão invisível do mercado" irá levar as empresas alcançarem naturalmente sistemas próprios de contenção de riscos). Entretanto, mesmo que se buscasse um meio termo entre esses dois sistemas (estatista e liberal) mostrou-se claro a incapacidade do Estado em disciplinar de forma adequada a atividade empresarial. A alta complexidade social, somada à globalização e o desenvolvimento tecnológico tornaram extremamente elevados os custos do processo de regulação por parte do poder público. Diante disto, mostra-se que o Estado não possui mais as condições de regular o mercado.⁹⁷

Desta forma é preciso que determinemos o bem jurídico tutelado, assim como estabeleçamos se há ou não uma conexão entre as atividades do *compliance officer* e a ocorrência do fato criminoso. Em razão dos crimes econômicos serem praticados dentro de

⁹⁵ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 41-42

⁹⁶ Ainda neste sentido, Barrilari afirma que as mudanças estruturais na soberania estatal, influenciadas pela ordem transnacional, assim como o caráter coercitivo e sancionatório das normas são fatores que permitem a conclusão de que o direito tradicional como conhecemos está em crise. Quando o Estado entra em crise, consequentemente a dúvida recai sobre o Direito que o fundamenta. Esta é uma das consequências da globalização: a produção de normas que extrapolam o âmbito estatal, ou seja, a regulação tradicional antes imposta aos cidadãos e às empresas perde espaço para uma nova tendência embasada em mecanismos de correção e autorregulação (tais como códigos de conduta emitidos por organizações internacionais e códigos de conduta produzidos pela própria empresa, por exemplo). Isto tudo aponta para o surgimento de uma nova forma de Estado, o qual interage com uma forma intervencionista - causado pelo fenômeno da descentralização da sociedade, que é característico do século XX, aliado também à carência de um ente centralizador responsável por toda organização como estava-se acostumado desde a Idade Média. (BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 57-59)

⁹⁷ BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 99-100.

organizações empresariais é comum, muito em razão pela própria distribuição de tarefas, que seja necessária a contribuição (comissiva ou omissiva) de várias pessoas para que o ilícito ocorra⁹⁸, causando uma disfuncionalidade no nosso direito penal individual quando se trata de riscos produzidos por organizações coletivas⁹⁹. Outro motivo pelo qual torna-se muito desafiador a análise da responsabilidade penal acerca da noção do impacto da conduta por parte de cada indivíduo é o fato de que, não raramente, o bem jurídico afetado encontra-se muito distante (temporal e/ou fisicamente) do agente, distância esta que torna-se um componente relevante na tomada de decisão da prática da conduta danosa, pois perde-se a noção do impacto que a mesma poderá causar, o que resulta em uma diminuição da resistência à prática do ato em si¹⁰⁰⁻¹⁰¹. Neste capítulo iremos abordar o bem jurídico tutelado e também tentaremos definir como se dá a omissão como conduta penalmente relevante dentro de uma organização empresarial.

2.1 A SOCIEDADE DE RISCO E O BEM JURÍDICO COLETIVO

Como bem pontua D'Avila, o mundo moderno se apresenta como um mecanismo onde tudo possui lugar e consegue ser explicado pelas leis da matemática e da física. Entendido como um todo harmônico, baseado em noções de ordem e estabilidade, ou seja, como algo que pode ser compreendido e dominado, que é justamente onde a modernidade sedimenta e desenvolve seu projeto ambicioso: o homem não mais se posiciona como parte da natureza, mas como seu senhor. Crê-se no progresso ilimitado onde tudo pode ser conhecido e controlado pela aplicação da técnica. Porém, paradoxalmente, este ideário de dominação

⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 31.

⁹⁹ O déficit do nosso direito penal aumenta ainda mais quando deparado com organizações de grande porte, visto que a dogmática clássica entende que a tomada de decisão e o controle da informação encontram-se centralizadas em uma pessoa só, porém quanto mais pulverizado estiver a separação de funções, ou seja, uma empresa menos focada em uma hierarquia linear, mais diluído estará o potencial do autor em funções estratégicas/diretivas. (VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 28).

¹⁰⁰ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 42.

¹⁰¹ Complementando o disposto acima, cabe ressaltar que muitas vezes o crime de colarinho branco deriva do comportamento criminoso e valores antissociais absorvidos pelo agente dentro das organizações empresariais, tornando esta questão um tema extremamente importante para a educação executiva e, por consequência, para o *compliance*. Este indivíduo, que engaja no comportamento delituoso dentro da organização, não deixa de reprovar moralmente a criminalidade tradicional, entretanto é justamente pela proporção de oportunidades e "aprendizagem" dentro das empresas que o agente encontra campo fértil de condições propícias para a prática desses delitos. (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 113-114).

encontra seus limites no próprio desenvolvimento da técnica, onde os principais avanços científicos por ela proporcionados demonstram os primeiros sinais do esgotamento do paradigma moderno. A própria ideia de causalidade, juntamente com as ideias de tempo e espaço são postas em cheque pelo pensamento científico moderno gerando uma desestabilização da estrutura de certeza, a qual era viabilizada a partir de sua própria existência.¹⁰²

2.1.1 A Sociedade de risco

Gonçalves explica que a sociedade contemporânea já não é a mais a mesma da que se tinha no século passado. Graças à revolução tecnológica, quebra de paradigmas, mudanças nas relações familiares e individuais, concepção de direitos humanos, etc. surgiram novos elementos para que se moldasse a compreensão da sociedade atual. A modernidade, por conta de sua natureza, não admite uma conceituação única, existindo apenas leituras de certos elementos da contemporaneidade, os quais permitem que se tire conclusões sobre um determinado ponto específico. Possivelmente a única conclusão admissível seja a de que a contemporaneidade é complexa. Isto acarreta em uma sociedade que vive uma sensação geral de insegurança, caracterizada pelo medo da criminalidade, em razão da dificuldade que se tem de confiar no próximo e do aumento da suspeita social. O cenário atual é o embate entre previsão e incerteza, entre risco e estabilidade.¹⁰³

D'Avila identifica a nova "sociedade de risco" (*Risikogesellschaft*) como uma sociedade caracterizada por processos avançados de produção, que passam a ser fontes geradoras de risco para o meio ambiente e, por consequência, para a própria vida em si. Os riscos que enfrentamos hoje (diferentes daqueles presentes no Medievo e dos conhecidos no início do processo de industrialização) são característicos da globalização, com irreversibilidade de sua ameaça e causas modernas. Vive o homem, portanto, o ápice e o terror da sua técnica: é possível destruir o mundo caso assim se deseje, como também é possível destruí-lo sem que se perceba¹⁰⁴. Nas palavras de Souza a sociedade de risco estaria delineada como a "sociedade do risco global, pois seu princípio axial e seus desafios são

¹⁰² D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 25-26.

¹⁰³ GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 19-20.

¹⁰⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 28-29.

perigos produzidos pela civilização que não podem ser delimitados socialmente nem no espaço nem no tempo"¹⁰⁵.

Conforme menciona Feldens, essa nova dinâmica social, que traz consigo o acelerado desenvolvimento da técnica e o redimensionamento da geopolítica dos mercados, abre novos canais de relacionamento, aumentando a propagação da oferta de serviços e bens de consumo, resultando em novas necessidades sociais. Juntamente com esta nova forma vieram novos perigos (como os cibercrimes, por exemplo). O Direito Penal, por sua vez, obviamente não passou incólume à esta transformação social. Com a sociedade passível de crescer e deteriorar-se em rede, não haveria de se esperar o dano, trazendo-se a ilegalização do perigo como alternativa. Diante dessas circunstâncias, somado a um clamor por segurança, o Direito Penal tradicional avançaria suas barreiras apresentando-se na sua nova forma: um Direito Penal da prevenção. Com isto abriu-se espaço a novas áreas de intervenção, o Direito Penal clássico estaria agora acompanhado do Direito Penal Econômico.¹⁰⁶

Indo nesta mesma linha, Saavedra e Vasconcellos escrevem que, diferentemente da sociedade de classes (onde havia o ideário da solidariedade na luta contra a desigualdade), a sociedade de risco estaria voltada para a luta contra o medo em prol da segurança. O Direito Penal do risco teria, portanto, a função de tornar a sociedade mais segura. Em busca deste objetivo abre-se mão de pilares da dogmática penal que são fundamentais, relativizando-os (mitigação de regras de imputação, admissão de inúmeros novos bens jurídicos dignos da tutela penal, etc.). Conclui-se que o Direito Penal tornou-se, dentro da sociedade de risco, o principal mecanismo de controle social, de tal modo que a sua expansão é caracterizada como impulsiva e simbólica. Ademais, como existem atualmente infindáveis riscos e inseguranças na contemporaneidade e com o constante surgimento de tantas outras situações que possibilitam a ocorrência de resultados imprevisíveis, o poder punitivo torna-se sempre insuficiente para dar a resposta almejada na modernidade. Quanto mais tipos penais são criados (com o endurecimento de penas), maior é a sede punitiva que se amplia, causando dessa forma a retroalimentação do sistemas de exclusões.¹⁰⁷

¹⁰⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 *apud* SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. *In*: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 261.

¹⁰⁶ FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceito e preconceitos (ou a inabilidade no manejo da interdisciplinariedade). *In*: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 238-239.

¹⁰⁷ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. *In*: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de

Lyra é categórico ao tratar sobre a relação entre o Direito Penal do risco e a violação dos bens jurídicos:

[...] o Direito Penal do risco busca a estabilização do sistema social, segundo a teoria da prevenção/integração, tendo a função de estabilizar as expectativas normativas. A pena, nesse contexto, funciona como uma reação à lesão à norma, na missão de garantir a estabilidade do sistema e afirmar a confiança dos cidadãos na fidelidade ao Direito. Abandona-se a orientação tradicional no sentido de que ao sistema penal cumpria a proteção de bens jurídicos (pensamento liberal). Passa-se a da proteção de bem jurídico individual à proteção de um sistema frente situações de perigo. Ampliam-se, de forma demasiada, as possibilidades de intervenção do Direito Penal, levando a uma erosão dos princípios do Direito Penal derivados do estado de direito, alterando o rumo da política criminal. Em uma palavra, o Direito Penal, de forma imprópria, é utilizado para a política social, encobrendo e ocultando as contradições do sistema, notadamente do econômico e social.¹⁰⁸

Diante desta necessidade de figurar como um "estabilizador" do tecido social, por conta da obrigação de atuar como mecanismo de prevenção, o nosso Direito Penal vai perdendo suas características tradicionais, voltadas para os paradigmas mais clássicos de crimes individuais (homicídio, por exemplo) e se volta para uma delinquência globalizada, como explica Silva Sánchez:

O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças) a delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação "excepcional", à qual se tende a assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém.¹⁰⁹

Denota-se que a globalização trouxe consigo o aumento dos riscos com o desenvolvimento da técnica, o que acarretou em uma série de "transformações" do Direito Penal como se conhecia anteriormente.

2.1.2 O bem jurídico coletivo

Infelizmente tal mudança adveio com uma diminuição das garantias fundamentais, assim como na mudança de finalidade que o mesmo possuía - se antes (dentro do ideário

(org.). Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 262.

¹⁰⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 95/2012 *apud* GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 110.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 *apud* GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 83.

liberal) a finalidade era a proteção de bens jurídicos, agora o objetivo corresponde a um controle social baseando-se na mitigação de riscos que a própria sociedade produz. Barrilari explica que isto nos traz para uma nova orientação político-criminal de interesses coletivos da sociedade, uma vez que a definição antiga de delito (que se relacionava à direitos individuais, como pontuado anteriormente) passa a ser insuficiente para abarcar crimes que não se direcionam diretamente ao indivíduo, ou seja, o Direito Penal (em prol de tentar acompanhar a evolução social) integra-se dentro de uma política criminal que busca estabelecer a proteção de bens jurídicos coletivos. A tutela penal de interesses coletivos advêm de uma necessidade de satisfação de questões essenciais concretas (o que justificaria a autonomia dos bens coletivos). Dentro da intrincada evolução do processo econômico, uma maior importância vai se dando a diversos bens jurídicos que são intermédios entre interesses do Estado e interesses individuais de um agente econômico em específico¹¹⁰. Indo nesta linha, Silveira afirma que o Direito Penal econômico, dentro do mundo globalizado e de risco (onde cada vez mais surgem novos escândalos de crimes financeiros, corrupção e desmandos econômicos), traz imensa insegurança dentro da "nova modernidade", insere a Ciência Penal dentro do campo de estudo onde busca-se a criminalização de novas formas de ações. Os aspectos "supraindividuais" dentro do contexto de risco ganham novo destaque e importância (ou dignidade penal), merecendo certo cuidado ao serem abordados. A partir destes, cria-se o Direito Penal de Risco ou Direito Penal de Perigo, o qual englobaria situações relativas a bens coletivos (como, por exemplo, saúde pública, meio ambiente, economia, etc.)¹¹¹. Trazendo esta questão para o ambiente empresarial, Gonçalves entende a ordem econômica pode ser considerada um bem jurídico coletivo, acarretando em uma modernização dos meios de investigação e duras penas para garantir que a sociedade esteja segura. Assim, pode-se dizer que as legislações penais rumam para um futuro menos garantista, onde o princípio da legalidade é relativizado em prol da eficiência da tutela penal sobre o sistema econômico¹¹².

Ademais, o autor afirma que a sociedade passa a focar no controle do futuro, fazendo com que surja uma "ética de estabilidade", o que acarreta numa obrigação de que todas as condutas estejam voltadas (de alguma forma) à estabilização da própria sociedade. O fator determinante aqui (no que diz respeito da responsabilização criminal) não é mais a relação

¹¹⁰ BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e *compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 40-42.

¹¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016 *apud* BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e *compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 40.

¹¹² GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 84.

com o resultado, mas a própria conduta arriscada, ou potencial geradora de risco inaceitável. Desta forma, o Direito Penal contemporâneo acaba por destinar uma parcela relevante do seu foco para a tutela de bens jurídicos coletivos, visto que fora transmutado em um instrumento de prevenção (e não mais de reação)¹¹³. Apesar disto, cabe aqui nossa manifestação de que embora o Direito Penal não possa se furtar de abordar os problemas gerados pelos avanços econômicos, o mesmo não pode ser excessivamente intervencionista neste papel de controle¹¹⁴⁻¹¹⁵.

2.1.3 Direito Penal clássico e a nova criminalidade

O grande debate neste confronto entre Direito Penal clássico e Direito Penal modernos, como preceitua Benedetti, reside no fato de que não seria razoável esperar que um Direito Penal que fora desenvolvido em uma época pré-industrial seja aplicado em um Estado pós-industrial¹¹⁶. A complexidade aumenta, ao tratarmos deste novo Direito Penal e sua nova função social, quando tentamos trazer a sua aplicabilidade para dentro de organizações complexas. Veríssimo aponta que o Direito Penal individual como conhecemos é deficitário quando estamos tratando de processos econômicos, pois a dogmática tradicional trabalha em torno da ideia onde a tomada de decisão e o controle de informações estejam centralizados em uma única pessoa (o que não é o caso de grandes empresas, uma vez que quanto maior e mais estruturada for a pessoa jurídica - no que toca a estrutura hierárquica e separação de funções - mais diluída estará o potencial do autor em funções operativas e estratégicas). Veríssimo inclusive traz a situação de que não raramente o alto escalão executivo passa incólume, sem qualquer tipo de responsabilização, quando pressiona seus funcionários para que atinjam metas e resultados, ao mesmo tempo em que ignoram deliberadamente irregularidades

¹¹³ GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 110.

¹¹⁴ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 44.

¹¹⁵ D'Avila aponta, acertadamente, que o Direito Penal contemporâneo defronta-se com bens jurídicos que estão diluídos em âmbitos ainda não cientificamente definidos de novos valores sociais. A dualidade existente entre conduta criminosa e responsabilidade penal se perdem dentro de grandes organizações complexas. Esse cenário, impulsionado por angústia e incerteza, convida ao Estado-Nação a dar uma resposta forte, muitas vezes meramente simbólica, estabelecida em uma tutela exacerbadamente antecipada. Entretanto não podemos negar espaço ao Direito Penal para a contenção de riscos de grande magnitude, pois isto poderia significar que se tomaria parte em uma ciência que não tem nada a dizer sobre a proteção das gerações futuras, ou seja, trata-se do chamamento fundamental que se atenta para a própria "continuidade existencial do homem". (D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 33-34).

¹¹⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 44.

cometidas pelos gerentes, as quais acabam infringindo a lei em prol de vencer a concorrência¹¹⁷. Estellita escreve que no sistema jurídico brasileiro é reconhecido o direito à associação de pessoas para o exercício de atividade empresarial (Art. 5º, XIII, XVII e 170 da Constituição Federal, assim como pelo Código Civil e pela Lei de Sociedades Anônimas, principalmente). Logo, o risco que vem atrelado a estas atividades é permitido pela legislação brasileira. Decorrente deste direito de exercer sua atividade econômica com a possibilidade de poder organizar indivíduos para a sua execução, surge também o direito de excluir terceiros deste processo. Porém, isto acarreta em um dever de cuidar para que o exercício dessa atividade não gere ofensas a bens jurídicos de terceiros e da coletividade. Assim, demanda-se um equilíbrio entre autonomia (exclusivo do titular da empresa) e proteção de bens jurídicos daqueles que estão excluídos deste âmbito (mas que estão sujeitos ao risco de serem afetados caso a atividade não seja exercida da maneira correta). A autora utiliza-se aqui do exemplo da construção de barragens: é permitido que uma sociedade empresária construa uma barragem dentro de sua propriedade e assim excluir o acesso de outras pessoas à mesma (mesmo que estas pessoas estejam dentro da área que pode ser atingida no caso de rompimento da barragem). A liberdade da construção neste caso corresponde ao dever de mantê-la em condições suficientes para que não se ultrapasse o risco permitido e, caso isto ocorra, que sejam tomadas as medidas cabíveis para que o perigo volte aos níveis permitidos, evitando o resultado do rompimento.¹¹⁸

Como de esperado, assim como a sociedade evoluiu, junto com ela veio esta nova forma de criminalidade. Gonçalves descreve que o crime não se caracteriza mais meramente a um fato praticado por um delinquente, mas sim de algo inserido dentro de um contexto social e, portanto, não podendo ser analisado como se estivesse em um ambiente controlado descartando-se o contexto que o circunda. Assim surge, dentro desta nova dinâmica social lastreada no risco, um novo tipo de criminalidade (como já referido anteriormente), distinta do modelo tradicional, quais sejam os crimes de colarinho branco. O autor elucida que o criminoso de colarinho branco geralmente é uma pessoa com conhecimentos técnicos avançados, com um certo destaque dentro da estrutura empresarial, bem apresentável, eloquente e que passa a imagem de alguém que jamais cometeria um ato ilícito (esconde-se atrás da aura de inocência que seu *status* social lhe proporciona). Ademais, o crime de

¹¹⁷ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 28-29.

¹¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 129.

colarinho branco é um crime organizado, que utiliza-se da estrutura empresarial para cometer ilícitos, tomando uma dimensão coletiva (separando-o do paradigma tradicional da criminalidade individual). O delinquente nestes casos não compreende que é um criminoso, pois dentro do senso comum (e até para si próprio) ele não é visto como alguém próximo da delinquência tradicional, a qual envolve violência e pobreza. O crime de colarinho branco, apesar destas características supracitadas, independe da figura do autor (seja ele um funcionário ou o diretor da empresa), pois a finalidade do delito é a busca do lucro, através da violação de uma atividade comercial.¹¹⁹

Ficou demonstrado, portanto, que com o advento da sociedade risco sobreveio uma nova forma de criminalidade. Criminalidade esta que está inserida dentro de um contexto social onde a própria técnica é responsável pelo risco que obriga o Direito Penal a mutar para atender os anseios sociais de proteção. Ademais surge a criminalidade de colarinho branco, a qual ocorre dentro de instituições privadas, com o objetivo potencialização da obtenção de lucro por parte dos indivíduos que atuam dentro de sua organização, independentemente da posição que o autor do crime se encontrar dentro da hierarquia empresarial. O que podemos constatar com todas as observações aqui feitas é que empresas podem ser uma fonte de risco (ainda que permitido) dentro da sociedade¹²⁰, bem como as organizações empresariais são um ambiente complexo onde se criam oportunidades para o cometimento de crimes de colarinho branco. Logo, é necessário analisarmos quais tipos de ações humanas que podem ser responsabilizadas quando este dever de cuidado com o risco é violado, acarretando em uma ofensa ao bem jurídico coletivo (ou de terceiro). Antes que abordemos a própria questão da responsabilização do *compliance officer*, objeto deste estudo, é imperioso que tracemos uma divisão entre omissão e ação, justamente para compreendermos como funciona a omissão penalmente relevante e, posteriormente, analisarmos como ela se aplica ao cargo.

2.2 A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

¹¹⁹ GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 78-80.

¹²⁰ Veríssimo explica que a crítica que gira em torno da questão da autoria refere-se à capacidade de ação do agente, pois dentro do Direito Penal como conhecemos essa está atrelada a uma ação humana, dirigida pela vontade. Portanto, como organizações não possuem presença corpórea ou espiritual similar ao do ser humano, são incapazes de atuar. (VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 30).

Provavelmente o maior problema que existe ao se trabalhar com os crimes omissivos seja justamente a árdua tarefa de delimitar a diferença entre ação e omissão¹²¹. Silveira descreve que é justamente pelo fato de que o princípio da omissão havia sido construído com base na comissão, sendo que agora é o inverso que tem sido aplicado: emprega-se na comissão categorias da omissão, principalmente porque resta superado o plano descritivo (causal-naturalista) buscando-se referências em um plano valorativo (normativista), fazendo com que a posição de garantidor tenha importância para além do horizonte omissivo¹²².

Estabelecer uma definição do que seria a omissão penalmente relevante vêm sendo um dos maiores desafios já vistos dentro da dogmática penal¹²³. D'Avila explica que ao invés de se buscar a "natureza da omissão jurídico-penal" sempre se tentou buscar uma concepção de omissão capaz de atender às necessidades do sistema jurídico-penal vigente à época, o que tornara esta busca mais complexa ainda¹²⁴. Por muito tempo, teve-se o conceito de ação como pedra angular da teoria do crime, motivo pelo qual também se levou a interpretar a omissão em uma dimensão ontológica, o que não causa espanto quando vê-se que diversas teorias tentaram explicar a omissão através de uma concepção naturalística¹²⁵, pois inicialmente a omissão era tida meramente como uma modalidade secundária da ação e com a evolução da

¹²¹ Tavares escreve que esta é, possivelmente, a primeira grande tarefa a ser enfrentada pelo jurista, pois antes mesmo de se delimitar e entender como se procede o dever de agir há de se estabelecer qual a diferença entre a ação e a omissão, afinal de contas esta seria a grande preocupação do Direito Penal, desde que se formaram os sistemas da teoria do delito. (TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: RT- RIO, 1996, p. 12).

¹²² Silveira refere-se aqui à questão da punição do Administrador da empresa pelo simples fato de estar em uma posição de destaque dentro da corporação. Muito embora o *Compliance Officer* não possua o mesmo grau hierárquico, ainda que muitas vezes tenha poderes de direção, o mesmo encontra-se em uma posição mais elevada dentro da hierarquia corporativa o que pode levar a um reconhecimento da posição de garantidor nesta função, motivo pelo qual faz-se necessário o cotejo da questão da omissão levantada pelo autor (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial - A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 5, p. 186).

¹²³ Tavares vai descrever que crise, no direito, seria quando subsistisse um conflito entre normas ou um encontro de princípios. Isso ocorre quando uma determinada norma já não está em condições de regulamentar o fato que, originariamente, lhe servia de substrato, ou até mesmo quando o fato não possa ser regulado por uma previsão legal, etc. (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 29).

¹²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 183.

¹²⁵ D'Avila escreve que esta concepção naturalista acerca da omissão teve como principais defensores Luden e Beling. O primeiro propunha identificar a causa do resultado criminoso em hipóteses omissivas com uma ação positiva, ou seja, o resultado criminoso era decorrente de uma ação realizada pelo omitente, enquanto este se omitia da ação comandada pela norma - "simultâneo agir de outra forma" - deixando de agir no curso natural das coisas, quando era possível um agir positivo (ao omitir-se, deve sempre o destinatário da norma necessariamente realizar uma conduta diversa, a qual sempre será uma conduta positiva). Beling, por sua vez, defendia que a omissão era um processo interno do agente - "contenção dos nervos motores". Era um defensor da ideia de que a vontade controla os nervos exatamente como em um movimento corporal, logo, se por um lado na ação pode-se mover livremente, na omissão pode-se voluntariamente conter seus movimentos. Ação e omissão seriam, portanto, atos de igual espontaneidade. (D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 185-186).

teoria do delito esta discussão veio à tona, a partir do século XIX, por conta da realização dos doutrinados acerca da necessidade de construção de uma regra geral da omissão¹²⁶. Prado é categórico ao escrever que é impossível elaborar um conceito genérico de ação que envolva a ação propriamente dita e a omissão, motivo pelo qual todas as tentativas que tiveram por objetivo encontrar um conceito amplo de omissão estão fadadas ao fracasso¹²⁷. Apesar disto, na dogmática penal da atualidade as concepções ontológicas restaram vencidas, sendo pacífico dentre a doutrina majoritária que a omissão deve ser analisada de um ponto de vista normativo¹²⁸.

Tem-se a omissão, de acordo com o nosso Código Penal brasileiro (CP) de 1940, no seu Art. 13º, *caput*¹²⁹, como uma das formas de realização da conduta típica, sendo que é no campo das valorações político-criminais (campo normativo) que ação e omissão encontram um denominador comum como formas de ofensa ao bem jurídico tutelado¹³⁰. Isto nos leva à próxima questão e talvez a divisora de águas dentro da própria doutrina: afinal, se a omissão possui uma natureza normativa, pode-se admiti-la como uma espécie do gênero ação que busca abarcar as duas formas de aparecimento do fato típico (omissivo e comissivo)? D'Avila alega que, possivelmente, a melhor resposta dada à esta pergunta fora a de que ação e omissão deveriam existir separadamente, ou seja, propõe-se a divisão do sistema para que então se utilize dois conceitos autônomos. Logo, tendo a ação como um grande sistema todos os demais seriam predicados, dividindo-se entre estes dois conceitos autônomos e, por

¹²⁶ Tavares menciona que o delito omissivo desenvolveu um interesse na dogmática penal muito lentamente, uma vez que anteriormente bastava se identificar qual era a ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que fosse um delito autônomo, os crimes omissivos só eram utilizados ao se examinar casos concretos em condutas relativas aos crimes de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime. (TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [São Paulo], v. 15/1996, p. 125-157, jul./set. 1996. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-24, p. 02).

¹²⁷ PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 02.

¹²⁸ Tavares descreve que independe de qual o enfoque a ser dado sobre a conduta da omissão, pois o que regra a sua relevância é a violação do dever de agir. Não possui por si própria uma existência real, somente quando associada a outro elemento, tido como dever. Logo, a omissão se situa em um mundo axiológico (onde se analisam as diversas modalidades de um comportamento), não apenas em um mundo puramente naturalístico - motivo pelo qual, para o fim de caracterizar a omissão de forma correta é necessário não recair nos erros causais de meramente analisar a omissão através de uma posição naturalística ou ontológica. O autor vai defender, portanto, que omissão, para fins de imputação, é um ato puramente jurídico e não um ato moral e, por ser um ato jurídico, está vinculado à todas as garantias de um Estado democrático (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 254-255).

¹²⁹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2022).

¹³⁰ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 77.

consequente, devendo todos os demais conceitos serem analisados de forma dupla: sob a ótica da ação e da omissão. Todo o problema da definição adequada do que é omissão reside na teoria unitária de ação, a qual sequer consegue elaborar uma possível solução para o fenômeno complexo que é a conduta omissiva. Não podemos simplesmente aceitar que esta é somente o inverso da conduta comissiva (trabalhando meramente como "A" sendo o inverso de "Não A"), ou melhor dizendo, não pode-se elaborar toda uma construção jurídico-dogmática baseando a omissão como se fosse meramente o contrário do crime comissivo. Entende-se que enquanto há nos crimes comissivos a norma proibitiva da conduta "A", nos crimes omissivos o que ocorre é justamente a ausência de um determinado comportamento imposto pela norma, ou seja, o "Não A"¹³¹. Como menciona Bitencourt, a omissão em si mesma não existe, juridicamente falando, uma vez que é a omissão da ação determinada pela norma que irá configurar a essência da omissão¹³². De acordo com Prado, a omissão penalmente relevante, independente de sua forma (como iremos abordar no próximo tópico), está sempre fundamentada no dever de agir, seja ele geral ou especial. Este dever pode ser visto como um dever geral imposto pelo nosso ordenamento jurídico, perante um certo caso concreto por ele determinado, gerando um dever geral de assistência, ou como um dever criado por consequência de uma relação especial entre agente e vítima, ou agente e fonte de perigo, de tal maneira que este sujeito se apresente como garantidor do bem jurídico penalmente relevante atribuído a uma pessoa determinada ou à outras atingidas pela fonte de perigo (dever de impedir o resultado)¹³³.

2.3 DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

De acordo com Tavares a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico não está, muitas vezes, vinculada diretamente à proibição das modalidades de ações juridicamente indesejáveis, mas sim na imposição de deveres concretos cuja finalidade seja a de impedir tais resultados de ocorrerem. A omissão possui uma vinculação com o bem jurídico, no que toca a lesão ou perigo de lesão, que se manifesta de duas formas: 1) a imposição de ações possíveis, imposta a todos, para impedir a concretização da lesão ou 2) o dever de impedir o resultado a

¹³¹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 189-192.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

¹³³ PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 06.

quem tenha, por postura pessoal, se predisposto a isto¹³⁴. Bittencourt explica que existem, atualmente, dois tipos de crimes omissivos. Os crimes omissivos próprios seriam aqueles em que há um descumprimento, por parte do agente, de uma norma mandamental (trata-se aqui dos crimes de mera conduta) e os crimes omissivos impróprios seriam aqueles crimes atrelados ao resultado, logo, não seriam crimes com uma tipologia específica, inserindo-os na tipificação comum dos crimes de resultado (como homicídio, por exemplo). Explica o autor que, nos crimes omissivos impróprios, a verdade é que não existe uma causalidade fática nestes crimes, mas uma causalidade jurídica, onde o omitente (devendo e podendo) não impede o resultado típico¹³⁵.

D'Avila escreve que este tipo de divisão (pelo critério do resultado) é a opção majoritária na doutrina penal ao redor do mundo. As origens deste critério remontam à classificação proposta por Luden, o qual recepcionava os crimes omissivos próprios como uma violação do comando imposto de agir imposto pela norma. Já os crimes omissivos impróprios seriam caracterizados pela violação de um direito subjetivo alheio e vinculado a um resultado (geralmente por consequência de um ato positivo). A concepção atual desse critério não destoa muito daquele estabelecido por Luden, nela tem-se o crime omissivo próprio como uma mera desobediência ao mandamento legal (independentemente da ocorrência de um resultado normativamente vinculado, que até poderá ocorrer, mas que não faz parte do tipo penal em questão), ou seja, no âmbito da omissão seria o equivalente aos crimes de mera atividade. Já os crimes omissivos impróprios por sua vez são aqueles os quais a existência está atrelada ao resultado (típico) que tem o sujeito (como garante) o dever de evitar - seria o equivalente, no âmbito omissivo, aos crimes comissivos de resultado.¹³⁶

2.3.1 O dever de agir

Para os crimes omissivos impróprios a omissão relevante (como já vimos anteriormente) consiste, como escreve Benedetti, em omitir-se o agente de cumprir um dever

¹³⁴ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 294.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

¹³⁶ O autor destaca, também, que é importante lembrar que os crimes omissivos próprios não constituem, por obrigação, crimes sem resultado, mas sim que mesmo que este exista, ele é indiferente ao tipo penal, em outras palavras, não faz parte da descrição típica. Ocorre de forma diferente com os crimes omissivos impróprios, pois sua existência está fundamentada na ocorrência do resultado típico que o garante (previamente determinado pela norma) deveria ter evitado. A necessidade da existência do resultado típico é tamanha para os crimes omissivos impróprios que poderia ser definida como fundamental para esta espécie omissiva (D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 219-220).

jurídico (e não meramente moral). Além disto, deve haver, impreterivelmente, a aceitação pelo particular deste dever (resultante de uma norma de Direito)¹³⁷. Nas palavras de Aníbal Bruno:

[...] o decisivo é a posição de garantidor em que se encontra o agente em referência ao bem jurídico, garantidor da não realização do resultado, em consequência de particular relação de dever. Só um dever que resulte dessa posição de garantidor servirá de fundamento à punibilidade do fato como crime comissivo por omissão [...]¹³⁸

Percebe-se que a posição de garante é elemento essencial dos crimes omissivos impróprios. É o que mantém uma relação especial de dever de cuidado entre o omitente e o bem jurídico penalmente tutelado. A punibilidade do indivíduo está sujeita à posição de garante, que incumbe a pessoa a atuar em prol de se evitar o resultado danoso.

Prado explica que nos crimes omissivos impróprios há um resultado típico, causado por uma omissão, o qual não fora evitado por quem podia e devia fazê-lo, em outras palavras, trata-se de um resultado que ocorrera por um indivíduo que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstruir a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido. Isto é, não impedir o resultado típico omitindo-se de praticar a ação devida. Vê-se que está dentro da norma uma ordem de praticar a ação que venha a impedir o evento danoso. Ainda, afirma o autor que exige-se a ocorrência do resultado previsto no tipo. O que caracteriza, portanto, este tipo de delito é a transgressão da norma previamente estabelecida, desde que esta ordem seja a de impedir um resultado. Entende-se que os delitos omissivos impróprios são crimes especiais, pois somente podem ser imputados àquele que estiver em uma posição de garante do bem jurídico protegido, o qual, diante de uma situação de perigo, mesmo com capacidade de intervir não o faz e permite que o resultado típico ocorra. Desta forma, o autor dos crimes omissivos impróprios somente poderá ser uma pessoa que esteja incumbida de um dever prévio que estabeleça que o mesmo garanta a não-produção do resultado típico. É elemento normativo do tipo, portanto, que o agente possua o dever de garante, para que se delimite o círculo dos possíveis autores (qualidade especial do sujeito) do delito de comissão por omissão.¹³⁹

¹³⁷ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 65.

¹³⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1º*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959 *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 65.

¹³⁹ Prado traz também alguns exemplos de resultado cometidos por crimes omissivos que são interessantes de trazermos aqui para facilitar a compreensão do ponto levantado: 1) homicídio causado por omissão de alimento por quem devia prestá-lo; 2) genitor ou responsável que permite agressão sexual contra o menor, podendo impedi-la; 3) não impedir o funcionário, mesmo podendo fazê-lo, de praticar contrabando ou descaminho; 4) da

Para Bittencourt os crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios) são aqueles que possuem um dever de agir específico (evitar um resultado em concreto). Em tais crimes, o delincente não tem simplesmente uma obrigação de agir, mas sim a obrigação de agir para evitar um resultado, ou seja, a finalidade da ação praticada deverá ser em prol da proteção do bem jurídico evitando assim o resultado indesejado. Isto posto, o autor estabelece que os crimes omissivos impróprios são crimes materiais (em outras palavras, crimes de resultado). Aqui deve haver uma norma prévia que é dirigida a um grupo restrito de pessoas. Tal norma impõe um dever de agir para impedir que processos causais alheios ao sujeito (estranhos a ele) venham a lesionar um bem jurídico. Esta norma (mandamental), dirige-se somente àqueles sujeitos que possuam uma especial relação de proteção com o bem jurídico em questão. É imperioso que, em primeiro lugar, tal pessoa abstenha-se de ativamente lesionar o bem jurídico ao qual deve proteger e, em segundo, deve também agir para que evite-se que outros processos causais possam ocasionar algum dano.¹⁴⁰

Tavares descreve que os crimes omissivos impróprios na realidade são crimes de omissão qualificada, pois os agentes devem necessariamente possuir uma qualidade específica, a qual não pertence às pessoas de modo geral. A omissão qualificada pressupõe que o indivíduo tenha um vínculo com a vítima que o situe como protetor dos seus bens jurídicos, na forma de um garantidor. Logo, é a posição de garantidor que se destaca como característica diferenciadora entre os crimes omissivos próprios e impróprios, ou seja, a omissão é qualificada por haver algo além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios. Diante disto, temos como base que a norma mandamental só poderá ser "anexada" à norma proibitiva quando houver um sujeito que tenha o dever de impedir o resultado, em outras palavras, alguém que figure dentro da posição de garantidor, a qual (de acordo com o Art. 13º, §2º, do CP) só terá validade se se encontrar amparado por lei, na assunção fática ou jurídica do agente da responsabilidade de evitar o resultado danoso ou na ingerência.¹⁴¹

mesma forma, a fuga de pessoa presa (PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 06-07).

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280-281.

¹⁴¹ O autor exemplifica seu ponto utilizando-se do crime de omissão de socorro. Nele qualquer um poderá ser considerado o autor, independentemente se o agente for conhecido da vítima. Se fala em crime de omissão qualificada quando o sujeito (qualificado) tem para com a vítima um dever especial de proteção, o qual é diferente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios. Entretanto, Tavares alerta que usar este critério como diferenciação entre os dois crimes omissivos é um pouco problemático. Temos o delito de prevaricação (Art. 319) como delito omissivo próprio, muito embora esteja vinculado a uma qualificação especial do agente e a deveres de funcionalismo que são próprios dele. Neste tipo de ilícito não está se levantando a questão de um dever geral de solidariedade para com a Administração Pública, mas sim de um dever especial de conformidade com as normas e ao funcionamento da instituição pública - ainda, o crime é

Prado se posiciona, no que toca o elemento objetivo normativo da autoria nestes tipos de crimes, no sentido de que a posição de garante decorre de um vínculo estreito que deve existir *a priori* entre o omitente e o bem jurídico protegido. Ainda, não é suficiente apenas a posição do autor como garantidor, é necessário que o mesmo tenha capacidade de ação (possibilidade material de evitar o resultado)¹⁴². Para Ruivo, o poder de agir penal é um pressuposto lógico-ontológico que advém do dever de agir, concretizado na ligação filosófica existente entre o dever e poder. Tal reflexão filosófica se ocupa de estudar a relação entre ser, poder e dever (relação esta que é estruturante do dever de garante e dos deveres na teoria da norma penal)¹⁴³.

Para Prado, o fundamento comum entre todas as teorias que versam sobre as posições de garantia nos delitos omissivos impróprios tratam da ideia de "confiança" penalmente relevante e, portanto, tutelada. Independente se for no âmbito do dever de proteção, de vigilância ou controle da fonte de perigo, partindo de um conceito material embasado numa perspectiva de ilicitude também material, significando que o "dever especialíssimo" de intervir é a expectativa de intervenção e da própria comunidade em que o garantidor não se furtará de cumprir a ação esperada.¹⁴⁴

2.3.2 Da capacidade de agir

Tavares descreve que a capacidade de agir integra o tipo dos crimes omissivos. Não há como se obrigar alguém a agir sem que esta pessoa tenha a real possibilidade de fazê-lo,

composto por elementos subjetivos especiais que complementa o típico do fato (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 312-313).

¹⁴² PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 08.

¹⁴³ RUIVO, Marcelo Almeida. Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Ciências Criminais e COVID-19. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 176.

¹⁴⁴ Para o autor existem três tipos de teorias principais que fundamentam a posição de garantia: 1) a teoria formal: que decorre do liberalismo jurídico, a qual parte do princípio da excepcionalidade da responsabilidade omissiva e possui como essencial à sua existência a previsão expressa da obrigação de agir nas fontes jurídicas formais, as quais estarão individualizadas na lei e no contrato. Apresenta a exigência de imprescindível fundamento jurídico-fomal da obrigação de garantia, como obrigatoriedade do princípio da legalidade; 2) as teorias funcionais: nestas a posição de garantia - equiparação entre ação e omissão - move-se do plano formal para o jurídico-material (ou substancial). Aqui parte-se da ideia da posição de garante como algo fático, assumida por sujeitos especiais, e individualiza a função da responsabilidade pela ocorrência do resultado na exigência solidária da tutela reforçada de bens jurídicos mediante a instituição prévia de garantidores adequados. De acordo com essa teoria, a posição de garante está atrelada à proteção do bem jurídico específico (dever de assistência, custódia) e de vigilância ou controle da fonte de perigo ou risco (dever de supervisão, domínio); 3) teoria mista: a caracterização da posição de garantia conjuga-se com as duas teorias antecedentes. A lei, contrato e ingerência são agregadas a outros critérios materiais. Considerando-se as fontes de relação do indivíduo com o bem jurídico e procurando-se estabelecer com clareza as tais relações do ponto de vista substancial (PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 7-8).

pois a norma não pode obrigar incondicionalmente todos a agir. A exigência, por exemplo, de obrigar o indivíduo que não sabe nadar a salvar alguém que está se afogando é totalmente absurda e deveria ser estabelecida como inexistente ou incompatível com a nossa ordem jurídica. Ademais, a real possibilidade de agir está diretamente vinculada à modalidade de conduta típica a que se refere, porque é inexistente a omissão por si só, apenas a omissão por uma ação determinada, pois dependendo do tipo de injusto pode-se expressar de várias formas, associando-se à algumas características da norma mandamental. O próprio Código Civil já se manifestou sobre esta matéria também (Art. 124), quando considera inexistentes os atos jurídicos com condições impossíveis. Logo, o sujeito que não possui condições de pessoalmente atuar em prol de evitar o resultado não pode ser responsabilizada pela sua omissão. Essa condição é parte do elemento do tipo tanto dos crimes omissivos próprios quanto dos impróprios¹⁴⁵. Para Bittencourt o poder de agir é pressuposto fundamental dos crimes omissivos impróprios, visto que é um pressuposto básico de todo e qualquer comportamento humano. Na omissão não é diferente, pois é evidente que é necessário que o sujeito tenha a possibilidade física de agir para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente. Torna-se insuficiente, portanto, o mero dever de agir. Além do dever é preciso que exista também a possibilidade física de atuar, ainda que com risco pessoal. Tal possibilidade está ausente nos casos de coação física irresistível, não podendo falar-se em omissão penalmente relevante (sendo que à rigor sequer poder-se-ia chamar o sujeito de omitente, pois falta-lhe a vontade e sem a mesma não há ação, seja ativa ou passiva)¹⁴⁶.

Ruivo, indo na mesma linha, afirma que a concreta aptidão para impedir o resultado está atrelada à capacidade causal do agente em praticar a conduta obrigada pela norma, pois isto é inevitavelmente um pressuposto próprio da dimensão pré-jurídica da omissão. Mostra-se então que o fundamento do dever de agir e a diferenciação da responsabilização pelo resultado e impossibilidade de responsabilização ficam mais claros quando baseados em

¹⁴⁵ Tavares nos traz alguns exemplos para suportar sua tese: quando se trata de delitos vinculados à infrações de deveres, naqueles em que o legislador se furtou de identificar o desvalor de resultado - contentando-se com a mera descrição da inatividade - como nos casos de alguns crimes de sonegação fiscal tem-se que a real capacidade de agir engloba a capacidade do indivíduo de praticar a ação esperada por aquela norma específica, em outras palavras, a capacidade de pagar, fazer pessoalmente, prestar informações, etc. Vê-se que, nestes casos, a capacidade física não é suficiente, porque o tipo estrutura-se sobre outro tipo de prestação. Por óbvio que se o sujeito não possui dinheiro, não omite-se de pagar; se não possui capacidade técnica para realizar determinada atividade não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente; se a ordem recebida de proteção não pode ser acatada, pela falta de meios jurídicos, não há capacidade para cumprir o seu dever, etc.(TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 351-352).

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

elementos materiais. Não há como falar-se em dever legítimo de agir, quando o sujeito não apresenta mínima capacidade de ação para proteger o bem jurídico¹⁴⁷.

2.3.3 Fontes do dever de garantidor

O Art. 13º, §2º, do CP nos traz três possibilidades como fonte originárias do dever de garantidor, as quais nosso código traduz como omissão relevante. Temos então o dever de agir imposto a quem: a) obrigação legal de proteção, cuidado ou vigilância, b) de alguma forma assumiu a obrigação de evitar o resultado e c) com seu comportamento criou o risco da ocorrência do resultado¹⁴⁸. Para Prado a nossa legislação pátria optou por estabelecer expressamente as fontes do especial dever de agir da posição de garantidor, optando-se assim pela fonte formal do dever jurídico. Desta forma, o Art. 13º, §2º, do CP enumera as possíveis posições de garante com o intuito de se estabelecer parâmetros legais para a questão (não podendo ser entendida como uma extensão típica). Dito isto, em princípio somente a lei, o contrato e a ingerência poderiam ser utilizados como elementos fundantes do dever especial de agir para evitar-se o resultado típico. Porém, infelizmente absteve-se o legislador de 1984 de posicionar-se à respeito de uma cláusula geral de equivalência punitiva entre a ação e a omissão (para efeitos da omissão imprópria), tal qual as demais legislações modernas, tornando o tema passivo da interpretação judicial com lastro nos paradigmas postos nas legislações comparadas e na doutrina. Isto causa um enorme impacto em um sistema penal que se propõe a ter uma ordem garantista. Ademais, a problemática da omissão do garante como causa positiva do resultado típico é mais difícil de ser trabalhada, pois não existirá comissão por omissão se a inatividade do garante não for equiparável à produção do resultado através do comportamento positivo. Por conta desta cláusula reitoria é necessário que haja (para que se afirme a existência de uma omissão imprópria) a equivalência da infração do dever de agir para evitar o resultado danoso com a realização do resultado típico através de uma ação positiva por parte do agente - torna-se essencial, portanto, a correspondência

¹⁴⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Ciências Criminais e COVID-19. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 178-179..

¹⁴⁸ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º- A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2022).

substancial no âmbito do injusto específico entre o delito de omissão imprópria e o delito comissivo correspondente.¹⁴⁹

2.3.3.1 A obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância

No primeiro caso previstos nas alíneas do parágrafo segundo do Art. 13º do CP, Bittencourt comenta que, como o próprio texto legal menciona, são deveres originários de obrigações impostas por lei. Aqui, caso o sujeito se abstenha de intervir no processo causal (furtando-se do seu dever de agir) poderá ser considerado culpado pelo resultado¹⁵⁰. Prado cita como exemplo para esta fonte de dever de garante as relações familiares (entre pais e filhos e cônjuges)¹⁵¹. Tavares declara que a "lei" estipulada na alínea a, do Art. 13º, §2º, do CP, diz respeito às normas derivadas do processo legislativo preceituado na Constituição Federal (CF) e estaduais, compreendendo-se as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e medidas provisórias (desde que estas sejam convertidas em lei). Chama-se a atenção para o fato de que não é qualquer dever imposto por lei, apenas aqueles que prevejam uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. O cuidado trata-se tanto da higiene, saúde e educação, como também saúde e alimentação. O dever de proteção versa sobre o socorro nos casos de perigo à vida, saúde, integridade corporal, liberdade e (somente em casos expressos) ao patrimônio contra atos ou agressões de terceiros. A vigilância constitui-se no respeito à diligência do indivíduo em impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação realizem ações que as coloquem em perigo ou ao seu patrimônio¹⁵².

2.3.3.2 Da assunção da responsabilidade de impedir o resultado

¹⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 08-09.

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282-283.

¹⁵¹ PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 09.

¹⁵² É importante ressaltar que o autor tem um critério muito restritivo quando trabalha com o conceito de lei. Para Tavares não há como se assemelhar à lei os decretos, os regulamentos, as resoluções, instruções normativas ou qualquer outro tipo de ato emanado dos órgãos estatais, os quais não preenchem as condições supracitadas. Tal interpretação restritiva, diz o autor, é adotada em razão do Art. 5º, inciso II, da CF, onde está previsto que ninguém será obrigado a fazer (ou deixar de fazer) algo, exceto se estiver prescrito em lei. Entende-se que a expressão lei utilizada na CF deve ser entendida de modo restritivo para que se estabeleça que somente os atos advindos do Poder Legislativo, que tenham sido validados pelo processo estabelecido na CF, sejam considerados válidos (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 319-320).

Em relação à alínea b - assunção de impedir o resultado - Prado comenta que esta fonte advém da aceitação voluntária, contratual ou negocial onde o indivíduo incumbe-se da responsabilidade de atuar¹⁵³. Bittencourt menciona que por muito tempo se falava em dever contratual (iremos abordar posteriormente esta questão), porém alerta o autor que o contrato não esgota todas as possibilidades que a assunção pode produzir (pode não existir um contrato mas mesmo assim a pessoa assumir uma responsabilidade para com outra pessoa). O essencial dessa fonte é que tenha-se voluntariamente assumido a posição de garantidor, aceitando por qualquer meio este compromisso. Esta posição não é permanente, podendo inclusive ser transitória (existindo por um espaço de poucas horas, por exemplo)¹⁵⁴. Para Tavares a primeira forma de assunção desta responsabilidade (supracitada) é o contrato - que pode ser tanto escrito quanto verbal. Entretanto, diferente daquilo previsto no Direito Civil, aqui não exige-se a maioria do agente para se assumir a posição de garantidor, em outras palavras, tanto adultos quanto crianças podem assumir essa posição (o que não impede que posteriormente se averigue a inimputabilidade do sujeito). Ademais, o autor alerta para a necessidade de se distinguir entre o descumprimento das cláusulas contratuais e a violação do dever de garante. A posição de garantidor começa somente quando o contratado inicia a execução do pacto feito entre as partes, sendo que caso a vítima coloque-se por conta própria em perigo, sem o conhecimento do garantidor, excluir-se a responsabilidade penal do mesmo. Ainda, o contrato só é convertido em fonte de dever de agir quando a confiança depositada no indivíduo advém de uma especial obrigação de cuidado, proteção e vigilância, pois, muito embora a lei brasileira só mencione o dever de impedir o resultado, tal ponderação é adequada para delimitar com uma maior precisão a extensão desse dever, com o intuito de impedir que se imponha uma lealdade ou de adimplemento civil como uma posição de garantidor, sem que seja feita qualquer menção ao conteúdo material da relação de proteção exigida do contratado. Entende parte da doutrina que a promessa pode ser tida como uma assunção dos deveres de garantidor, pois (de acordo com essa linha doutrinária) com a promessa a vítima (e demais garantidores, como pais, por exemplo) confiariam a proteção dos bens jurídicos ao promitente, deixando de manter a sua proteção sobre o bem jurídico tutelado. Tavares rechaça

¹⁵³ Prado cita como exemplo o exercício profissional: encarregados de obra, médico e paciente, salva-idas de praia ou piscina, guia de alpinismo, etc. (PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 09).

¹⁵⁴ Bittencourt alerta que poderá existir um contrato, mas este não ser válido - equivalendo-se à sua inexistência. Isto abre espaço para um enorme e profundo debate que coloca em cheque a existência e exigência da responsabilidade assumida, o que praticamente anularia eventuais efeitos que pudessem ser alcançados pelo Direito Penal (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283).

essa posição sob o argumento de que na prática isto pode acabar gerando a configuração de uma posição de garante meramente pela manifestação da vontade do indivíduo e não pela assunção real dos deveres de impedir o resultado típico, não justificando-se assim a confiança depositada pela vítima (ou outros garantidores originários). Em relação à assunção da responsabilidade, esta independe do contrato, seja escrito ou verbal, pois basta que o sujeito efetivamente manifeste sua vontade no sentido de proteger o bem jurídico, assim como ter iniciado o exercício da função assumida. É pressuposto da assunção fática a expressa manifestação do sujeito para se encarregar das obrigações previstas na função de proteção. Comprometer-se a um dever genérico não configura a posição de garantidor e poderá ser no máximo responsabilizado por omissão de socorro, por exemplo.¹⁵⁵

2.3.3.3 Criação do risco da ocorrência do resultado pela conduta anterior

Por fim, chegamos à última fonte originadora da posição de garante. A alínea c do parágrafo segundo do Art. 13º do CP estabelece como fonte a criação do risco do resultado, por meio de um comportamento anterior. Bittencourt explica que aqui o sujeito coloca em movimento um processo de risco (ou agrava um já existente) com o seu comportamento. Não faz diferença se o fez por dolo ou culpa ou (in)voluntariamente porque o foco desta fonte é conseguir identificar se o sujeito, com a sua ação (ou omissão) criou uma situação de risco - ou piorou uma situação que já existia. É por conta desse comportamento anterior que surge a obrigação de impedir que a situação de perigo transforme-se em uma situação de dano, ou seja, que venha a realmente causar uma lesão ao bem jurídico protegido. Tem-se que os como pressupostos fáticos-jurídicos são elementos do tipo omissivo impróprio deverão ser abarcados pelo dolo. Portanto, o omitente deverá ter consciência da sua condição de garante da não ocorrência do resultado. Nestes casos, o erro sobre os pressupostos fáticos resultam em erro de tipo e o erro sobre o dever de impedir o resultado constitui em erro de proibição, quando inevitável, cabendo-lhe as respectivas consequências¹⁵⁶. Essa fonte, conforme menciona Prado, pode também ser originada por uma atuação precedente, que cria uma situação de perigo ao bem jurídico - fundamentada pelo princípio da ingerência, a qual baseia-se na proibição de lesar outrem. Em resumo, há uma cadeia de condutas, a primeira que desencadeia o processo de risco ou perigo e a segunda que consiste no não-impedimento do

¹⁵⁵ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 325-327.

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-285.

resultado que o sujeito deveria conduzir. A ingerência deve ser sempre perigosa ou de risco (até mesmo por motivos de limitação da mesma). Não basta somente que se cause o perigo, é preciso que esteja presente em três formas restritas: (i) o perigo causado, pela atuação precedente, não pode estar longe da ocorrência do dano; (ii) a ação anterior deve ser contrária ao dever estabelecido; (iii) o posicionamento anterior ao dever precisa configurar uma transgressão da norma protetora do bem atingido¹⁵⁷. Para Estellita o ato antecedente que gere um perigo que possa virar um fato típico gera o dever de intervenção por quem o pratica. Diz-se que esta é a posição de garantidor por ingerência, porém uma das características mais discutidas a respeito dessa modalidade é a exigência (ou não) de que o ato antecedente seja antijurídico. De acordo com a autora, a antijuridicidade da ação anterior é necessária, em especial, porque os deveres de agir precisam ter fundamento de uma perspectiva *ex ante*, sob pena de não ser possível considerar o desvalor da conduta. A posição dominante da doutrina, de acordo com Estellita, é a de que a posição de garantidor fundada pela ingerência precisa como pressuposto uma conduta anterior que seja ilícita, da qual decorra diretamente um aumento do perigo. Ademais, pode-se subdividir a posição de garantidor por ingerência por "riscos próprios" e "riscos alheios". Os riscos próprios não permitidos geram o dever de agir (salvamento) pela ingerência. Já no caso de uma empresa, que possua uma estrutura hierárquica com delegação de tarefas, o que se tem é o risco permitido, o qual onera o garantidor com deveres de controle (treinamento, fiscalização, vigilância, etc.). Caso o garantidor descumpra estes deveres, criando um risco não permitido, pode vir a ser responsabilizado pelo resultado lesivo em razão da violação da norma de cuidado. Tais hipóteses fundamentam a criação da posição de garantidor de vigilância sobre a fonte de perigo. Disto surge a responsabilidade penal por omissão nos casos em que houve uma violação nos deveres de vigilância sobre a referida fonte de perigo. De outra banda, quando o risco não advém de uma conduta praticada pelo próprio agente (nos casos de riscos alheios) a fundamentação da posição de garantidor deve necessariamente estar fundamentada em lei ou em uma assunção. A delegação de tarefas dentro do ambiente empresarial - no que toca o fator humano - consiste na criação de riscos próprios permitidos e geram o dever de controle e vigilância de tal forma que o risco criado (ainda que permitido) não evolua para um dano. A omissão nestes casos, do garantidor, seria de menor desvalor e precisaria utilizar-se da regra

¹⁵⁷ A questão da ingerência como fonte de dever de agir não é aceita por parte da doutrina, conforme explica Prado. Discute-se se o atuar antecedente possui ou não caráter ilícito. Para que seja fundamentada a posição de garante a conduta anterior precisa ser perigosa, preferencialmente ilícita, e não uma consequência de um caso fortuito como alegam alguns doutrinadores. (PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 09).

geral de extensão do §2º, do Art. 13 do CP. De modo geral o que se tem é que a criação e operação de uma empresa apresentam riscos permitidos. Caso haja, durante a condução das atividades, a violação de deveres de cuidado com as atividades arriscadas (em razão tanto de uma ação quanto de uma omissão) cria-se o risco não permitido, podendo haver a imputação do resultado típico pela omissão com base na ingerência¹⁵⁸.

¹⁵⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121-122.

3 A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

Como bem preceituam Guimarães, Moreira e Barbosa, além de nos trazer os requisitos de avaliação de um programa de integridade o Decreto nº 8.420 nos trouxe a figura do *compliance officer* que será o profissional responsável pelo programa. Este é um cargo de confiança, cuja natureza é de interesse público, resguardando-se sempre a coletividade com o objetivo de que a atividade da empresa seja realizada de forma proba¹⁵⁹. Relembrando também, nas palavras de Saad-Diniz, que o setor de *compliance* da empresa refere-se à estrutura interna criada dentro da organização cuja finalidade é a de exercer as funções de *compliance*. Este departamento é incumbido da coordenação, planejamento e execução da tecnologia *compliance*. Sua funções básicas consistem na interpretação do código corporativo, observância de protocolos de conduta, formação dos colaboradores, manutenção do canal de comunicação, realização de *due diligences* e investigações internas, articulação das sanções da empresa e incentivos adequados que engajem os funcionários ao comportamento pró-social¹⁶⁰.

Tecendo ainda algumas considerações antes de nos aprofundarmos mais sobre o universo do *compliance officer* é importante lembrarmos, conforme menciona Guimarães, que dimensionar ou até mesmo equacionar as atividades que este cargo exerce é uma tarefa extremamente complexa. Isto se dá pelo fato de que é uma profissão/área que reúne diversos tipos de profissionais, cada um com uma formação diferente e, portanto, trazendo consigo diferentes bagagens acadêmicas, teóricas, práticas, etc. Ainda, a posição dentro da organização pode variar, existindo a possibilidade de ser ocupada por uma só pessoa ou por uma coletiva de profissionais, ou até mesmo por externos à empresa. Diante disto, não podemos coadunar com a ideia de que este profissional (ou grupo de profissionais) possa assumir sozinho toda a responsabilidade por todo e qualquer ato delituoso que ocorra dentro da empresa. Sua função primária é a de emitir alertas à respeito de riscos iminentes e inerentes às atividades e decisões a serem tomadas pela organização. Caso contrário, na hipótese que o *compliance officer* viesse a ser responsável pela tomada de decisões, acabaria por exercer as

¹⁵⁹ GUIMARÃES, César Caputo; MOREIRA, Rubens de Oliveira; BARBOSA, Nahla Ibrahim. A responsabilidade criminal do *compliance officer* e do *data protection officer - DPO*. In: CARVALHO, André Castro *et al*, (coord.). Manual de Compliance. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 589.

¹⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 175-176.

funções do executivo principal da empresa e não meramente um integrante de uma área de assessoria¹⁶¹.

Ademais, conforme Gonçalves, o *compliance officer* seria um funcionário normal da empresa, que estaria em um mesmo patamar que um diretor ou responsável pelos controles internos da organização, tendo como sua missão a devida implementação e efetivo cumprimento das normas de integridade. A presença desse profissional, dentro dos quadros da empresa, atrai a possibilidade da responsabilização criminal da estrutura empresarial, porque a sua existência cria o dever de garantir a integridade da pessoa jurídica, estando seu cargo diretamente subordinado à Alta Administração (leia-se o Conselho de Administração ou qualquer outro órgão com poder similar). Defende o aturo que o *compliance officer* pela natureza de sua função não poderá ser alguém subalterno, ao mesmo tempo em que não poderá ser responsável por todos os ilícitos da empresa. Por óbvio que ele precisa ter um conhecimento completo acerca do cumprimento das normas internas e externas da organização, devendo comunicar as infrações ao canal competente, ainda que não faça parte da decisão final. Alerta Gonçalves que alguns autores defendem a ideia de que como o *compliance officer* não possui faculdades executivas não pode ser-lhe imposto o dever de impedir as irregularidades, já que o dever dele é de denúncia e não de impedimento¹⁶². No que toca a possibilidade levantada do *compliance officer* poder ou não ser responsabilizado criminalmente iremos tratar mais adiante neste capítulo, por enquanto iremos apenas lembrar que a Lei Anticorrupção, assim como o seu Decreto Regulamentador (Decreto nº 8.420) não estabelecem proteção jurídica ao *compliance officer*, portanto fica aqui registrado nossa opinião de que tal assunto ainda merece um maior consenso dentro da doutrina e jurisprudência.

Engana-se, conforme leciona Blok, que a atividade do *compliance officer* deva ser necessariamente executada por um advogado, pois o que se busca é justamente um profissional que seja capaz de entender e fazer entender as regras internas estabelecidas pelo Código de Conduta e as Políticas Internas estabelecidas dentro da própria organização, bem como atender às normas externas (legislação nacional e internacional). A principal característica que se busca é a capacidade de adaptar todas estas questões à atividade fim da empresa a qual ele trabalha. Em síntese, o *compliance officer* deverá possuir conhecimento adequado para exercer a função, tanto nos quesitos técnicos envolvendo o *compliance*, quanto

¹⁶¹ GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do *compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 81.

¹⁶² GONÇALVES, Marcelo. Os programas de *compliance* na realidade do direito penal brasileiro. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 147-148.

conhecimentos envolvendo o cotidiano da organização. Suas habilidades perpassam pela necessidade de ser um indivíduo empático, ético, negociador e acessível, saber se comunicar e treinar seus colegas, interpretar e produzir normas e capaz de conduzir investigações internas advindas do canal de denúncias.¹⁶³

3.1 DAS ATIVIDADES DO *COMPLIANCE OFFICER*

Independente da departamentalização da organização (em relação de onde irá estar situado o setor de *compliance*) Saad-Diniz levanta a questão de que o *compliance officer* deva ser alguém que possa aplicar a tecnologia do *compliance* de forma apropriada e que esta pessoa seja alguém livre de conflito de interesses. Ademais, o autor explica que o cargo não precisaria muito mais do que alguém capaz de organizar a detecção, apuração e reação ao comportamento antissocial, bem como exercer a influência necessária para promover o comportamento pró-social. Indo mais além, questiona-se a capacidade da educação executiva (que em muitos casos acaba misturando as técnicas de *compliance* com as jurídicas, focando o aprendizado do *compliance officer* na última). O *compliance officer* deve, portanto, ser alguém que conheça a estrutura regulatória (com a finalidade de desenvolver a sua postura colaborativa). Porém, não se nega que o domínio das normas jurídicas seja indispensável para evitar os excessos e incompreensões que são trazidos pela interpretação do judiciário¹⁶⁴.

A busca pela cultura de conformidade, como bem nos lembra Guimarães, também faz parte desse conjunto de atividades exercidas pelo profissional. Muitas vezes a função pode ser extremamente maçante em razão do controle que deve ser exercido sobre o alto fluxo de informações que passam pelo *compliance officer*. A responsabilidade exigida pelo cargo é muito abrangente (não só pela questão do fluxo de informações), mas também pelo cuidado que se deve ter ao delegar funções e tarefas à equipe, em razão justamente pelo comprometimento que se tem com a cultura de conformidade¹⁶⁵. Para Benedetti o *compliance officer* é aquele que tem a gerência do *compliance* da empresa, em outras palavras, é o profissional que, dotado de *expertise* técnica, irá gerir a avaliação de riscos e criar controles

¹⁶³ BLOK, Marcella. Compliance e governança corporativa. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 169-170.

¹⁶⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 177.

¹⁶⁵ GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do *compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 94.

internos dentro da organização, cuja finalidade será a de prevenir ou minimizar os riscos da responsabilidade legal¹⁶⁶.

Como nos ensinam Lobato e Martins, as funções do *compliance officer* seriam as de:

[...] desenvolver e gerir o programa de integridade, criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa.¹⁶⁷

Para Saavedra, o *compliance officer* é "[...] o profissional responsável pela avaliação de riscos empresariais, incumbindo a ele a elaboração de controles internos com o objetivo de diminuir os riscos de uma futura responsabilização, civil, administrativa ou penal"¹⁶⁸.

De acordo com Estellita temos a lei nº 9.613/1998, a Resolução do COAF nº 24/2013 e o Decreto nº 8.420/2015 são alguns institutos legais que preveem a posição do *compliance officer* assim como algumas de suas atividades, podendo inclusive servirem como rol exemplificativo para os demais casos em que o setor que a empresa atue não seja regulamentado. Entretanto, nestes casos (onde não há regulamentação) existe uma liberdade muito ampla de conformação para o desempenho de deveres de vigilância (que veremos posteriormente) do *compliance officer*, motivo pelo qual será a *praxis* que irá indicar o alcance e conteúdo do sistema adotado. Tal análise depende de uma série de fatores, tais como: porte da empresa, atividade econômica desenvolvida, listagem em bolsa, etc.¹⁶⁹

¹⁶⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.81

¹⁶⁷ LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do *compliance officer*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, vol. 24, n. 284, jul. 2016 *apud* GUIMARÃES, César Caputo. *A responsabilidade penal do compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 67.

¹⁶⁸ SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre *ciminal compliance*. Boletim IBCCRIM, nº 218 *apud* BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 170.

¹⁶⁹ Dentre as tarefas definidas pelas normas legais, que a autora menciona, estão: seleção e treinamento de empregados, difusão do conteúdo das normas de proteção da empresa para os colaboradores, monitoramento das atividades dos empregados, prevenção de conflitos entre os interesses comerciais e empresariais (sempre atentando-se para a questão da prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo), procedimentos especiais em relação à atividades suspeitas, monitoramento do cadastro de clientes, mitigação dos riscos de lavagem quando do lançamento de um novo produto, verificação periódica da eficácia da política adotada. Sempre levando em consideração, por óbvio, o porte da organização e o volume das operações realizadas (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 211-212).

Para Blok o *compliance officer* é o responsável pela efetividade do programa de conformidade, evitando riscos sobretudo os de reputação, assim como estar em conformidade com as normas internas e externas da empresa (sejam elas nacionais ou internacionais), mas também atender com os deveres de ética, transparência e governança. Neste ideário, o *compliance officer* será o responsável pela avaliação dos riscos empresariais, confeccionando controles internos que deverão diminuir as chances de ocorrer uma eventual responsabilização cível, administrativa e/ou criminal. De acordo com a autora, as principais funções seriam: (i) criação de controles internos; (ii) treinamentos; (iii) cumprimento de procedimentos; (iv) acompanhamento do plano de ação através das áreas responsáveis pelos controles operacionais; (v) reporte de ilícitos para a Alta Gestão, juntamente com possíveis soluções para o problema; (vi) alinhamento do monitoramento (e registro de atas das reuniões feitas), para que se crie um histórico com as devidas evidências do processo de *Compliance risk assessment* (CRA).¹⁷⁰

De acordo com Guimarães, são três as fases de implementação do programa de *compliance* pelo *compliance officer*: (i) a primeira diz respeito à fase de montagem - aqui o foco é a elaboração do programa que irá visar a prevenção de atos irregulares dentro da empresa; (ii) a segunda fase seria a da execução - nesta, o *compliance officer* irá atuar para difundir o programa entre todos os colaboradores; por fim (iii) a terceira e última fase diz respeito aos controles internos - nela é feita a gestão do risco através do programa instalado¹⁷¹.

Estellita entende que o *compliance officer* simplesmente é uma pessoa que fica encarregada do zelo pela conformidade com as normas e procedimentos internos dentro da organização, com a incumbência de vigiar a prática de condutas ilícitas (não somente as penais, incluindo-se aqui também as antiéticas) realizadas pelos funcionários contra a empresa ou contra terceiros. As tarefas do *compliance officer* podem ter como objeto atos de corrupção praticados por funcionários públicos, crimes ambientais, financeiros, de concorrência,

¹⁷⁰ A autora esclarece que, diferentemente de casos como advogados, médicos, engenheiros, etc. a carreira de *compliance* não possui uma regulamentação própria. Entretanto, existe um projeto de lei que tramita no senado (Projeto de Lei 435 de 2016) que traz justamente uma ementa com alteração do Art. 7º da Lei Anticorrupção para que se condicione a avaliação do programa de integridade, para fins de aplicação das sanções legais, à existência de um gestor independente que efetivamente possa certificar o funcionamento correto do programa (BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 168-169).

¹⁷¹ GUIMARÃES, César Caputo. *A responsabilidade penal do compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 79.

lavagem de capitais, segurança do trabalho, etc. O importante aqui é ter ciência que qualquer área da empresa pode ser submetida à vigilância por um ou mais funcionários.¹⁷²

3.2 DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER* ATRAVÉS DO CONTRATO DE TRABALHO

Não obstante a existência das alíneas "a" e "c" do parágrafo 2º do Art. 13º do Código Penal, como previsões legais dos deveres de garante, abordaremos somente a alínea "b". As primeiras tratam do dever advindo de lei e da ingerência e a última trata sobre a assunção da responsabilidade de impedir o resultado (conforme tratado no capítulo 2º deste trabalho). Sem desmerecer as hipóteses resultantes das alíneas "a" e "c" focaremos justamente na mais provável de ser utilizada nos casos de contratos de trabalho, que é justamente àquela que trata da assunção, pois, como veremos à seguir, os contratos são meios pelos quais as partes expressam as suas devidas vontades e consentimentos. Ainda, antes de iniciarmos a análise sobre a possível posição de garante, ou não, do *compliance officer* é importante aqui lembrarmos, conforme leciona Prado, que a norma penal não tem o poder de simplesmente vedar a causação de resultados típicos, mas somente ações (manifestadas pela vontade), ou a realização de determinado comportamento ativo, com o intuito de se evitar a lesão ou o perigo de lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, considerados como essenciais pelo ordenamento jurídico.¹⁷³

Nas palavras de Estellita a concepção do dever de agir do garantidor é dado pela referência ao tipo penal usado para o juízo de subsunção, tendo em vista que o Art. 13º, §2º, do Código Penal não traz fundamentação, por si só, da punibilidade, apenas regula a forma de conduta do omitente nos crimes de omissão imprópria (sempre fazendo referência a um tipo específico). Desta forma, o tipo penal da omissão imprópria advém de um tipo penal comissivo complementado pela posição de garantidor. Como a omissão é a falta da conduta esperada e juridicamente estabelecida ao garantidor, deve-se individualizá-la por meio de um processo de complementação e concretização, respeitando-se a possibilidade jurídica de agir e a possibilidade físico-real de fazê-la¹⁷⁴.

¹⁷² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 210

¹⁷³ PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19, p. 01.

¹⁷⁴ Para melhor elucidar esta questão, a autora traz na sua obra diversos exemplos que são pertinentes de serem mencionados. Quando estamos tratando de crimes omissivos impróprios é o tipo penal da ação comissiva que irá

De acordo com Estellita, os deveres originários de vigilância na empresa incumbem aos seus administradores. Esses deveres, por sua vez, podem ser delegados à outras pessoas, constituindo-se assim um novo garantidor de vigilância, com a função de detectar e prevenir a prática de crimes a partir dela.¹⁷⁵

3.2.1 A posição de garantidor através do contrato de trabalho

Retomando de forma sucinta o que já fora escrito anteriormente, Bitencourt descreve que os crimes omissivos próprios são aqueles que advém da ausência da prática da conduta, pelo agente, determinada em lei. Neste tipo de crime o resultado da omissão é independente para que se configure o tipo penal, interessando somente a falta da ação exigida para o fato, desde que possível de ser realizada. Já para os crimes omissivos impróprios, a omissão torna-se meramente um meio pelo qual o autor produz o resultado, portanto, trata-se aqui de uma responsabilização pelo resultado ocorrido e não meramente pela ausência de conduta, uma vez que o agente tinha como sua obrigação impedir que o resultado ocorresse.¹⁷⁶

Tratando mais especificamente a respeito dos crimes omissivos impróprios, uma vez que estes são o foco deste estudo, é preciso verificar se os mesmos poderão ser aplicados ao *compliance officer* através da assunção do dever de impedir o resultado, por meio de um contrato de trabalho.

Muito embora existam as três formas previstas na lei¹⁷⁷ o foco deste tópico se dará sobre a alínea 'b' do dispositivo legal mencionado anteriormente. Neste, nota-se que a obrigação de garantidor surge quando o sujeito assume, por qualquer outro meio, o dever de tentar impedir o resultado. Este tipo de garantidor se constitui por assunção, ou seja, trata-se de indivíduo que assume de forma fática e real os deveres, através de delegação, do garantidor

ser usada como referência como, por exemplo, quando tratarmos de um crime de estelionato o garantidor deverá agir em prol de evitar o dano patrimonial, se estamos tratando de um crime ambiental de poluição, o dever direciona-se à evitar a mortandade dos animais e da flora que circunda o local, quando estamos lidando com um crime tributário, que não seja por conta da fraude com superveniência do pagamento menor do tributo, se for sobre corrupção ativa que não seja feita a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público, etc. (ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 252-253).

¹⁷⁵ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 209.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

¹⁷⁷ Cf. tópico 2.3.3 deste trabalho.

originário, resultando na diminuição dos deveres de vigilância e proteção deste, conforme menciona Estellita¹⁷⁸.

É necessário que o indivíduo se coloque voluntariamente dentro desta condição. Não devemos aqui confundir, conforme menciona Tavares, a quebra de cláusulas contratuais com a violação dos deveres de garantidor, pois, por exemplo, caso um médico resolva viajar e deixe o paciente aos cuidados de seu colega, que assume o tratamento, não poderá responder por lesões que resultem de erros no diagnóstico deste mesmo colega, podendo incorrer no máximo em um ilícito civil¹⁷⁹. Infelizmente a lei não estabeleceu qualquer tipo de limite ou se preocupou em determinar até onde deveria ir o dever de agir, apenas se manifestando no sentido que o garantidor possui o dever de impedir o resultado. Tendo em vista que o contrato de trabalho pode ser considerada uma fonte de assunção dos deveres de garante por parte de indivíduo, podemos inferir que será o mesmo que irá delimitar qual é o âmbito de atuação e os limites de ação do garantidor. Sobre estes limites Estellita menciona que:

Essa assunção só pode ser afirmada quando o agente assume faticamente a esfera de responsabilidade (aspecto material), independentemente de formalidades, como a existência de um contrato formal, como demonstrou o caso da babá. Isso não quer dizer que a existência de uma base contratual - expressa ou tácita - não tenha qualquer relevância. Se ela *não tem o condão de constituir um agente na posição de garantidor*, ela pode ser relevante para a determinação do objeto de vigilância ou proteção e para a concretização dos limites do dever de agir para impedir o resultado, tema que será tratado com mais vagar.

A extensão do dever de garantidor de proteção estabelece-se a partir das necessidades de ajuda ou socorro da vítima ou dos termos do acordo de assunção da posição de garantidor efetivamente colocado em prática.¹⁸⁰

Dentre alguns aspectos acerca do tema levantados pela autora, mostra-se necessário uma análise à respeito do contrato como fonte limitadora dos deveres de agir do garantidor, bem como instrumento capaz de determinar o objeto a ser protegido. Tendo-se como base que um instrumento contratual possa ter influência dentro dos deveres de agir do indivíduo é imprescindível que se aprofunde o estudo sobre o tema.

3.2.1.1 O contrato e as obrigações

¹⁷⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 103.

¹⁷⁹ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 326.

¹⁸⁰ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 103-104.

Logo, para que se entenda melhor a natureza do contrato deve-se estudar seus princípios e as obrigações que podem surgir deste. Atualmente, tem-se como contrato uma espécie de vínculo entre pessoas, as quais podem exigir prestações entre si, fazendo destes um tipo de obrigação¹⁸¹. Ademais, para que exista este vínculo entre os contraentes, é necessário que antes existam as vontades das partes em contrair a obrigação contratual.

Conforme menciona Bevilaqua, descarta-se qualquer obrigação advinda de coação, uma vez que o sujeito ao qual irá se impor determinado tipo de conduta, através de um instrumento contratual, não terá aceito-a de forma livre e desimpedida. Ainda, vê-se também que não há uma forma específica para que sejam aceitas as condições impostas pelo instrumento contratual, tendo em vista que a própria aceitação das partes pode ser feita de forma tácita¹⁸². Ainda, a forma desta manifestação pode ser feita, inclusive, por meios eletrônicos e orais de acordo com o jurista Fábio Ulhoa Coelho:

A doutrina classifica as declarações de vontade em tácitas ou expressas, mencionando que estas, por sua vez, podem ser orais, escritas ou simbólicas. Quando a lei não exigir manifestação expressa, ela poderá ser tácita. Observada, portanto, esta regra, o proponente e o aceitante podem manifestar a sua vontade pelos muitos meios de comunicação existentes, desde a mímica mais rudimentar até a mais sofisticada transmissão eletrônica.¹⁸³

Demonstra-se, portanto, que a vontade é um dos elementos básicos que impera ao se aceitar as condições contratuais propostas entre as partes, devendo então todos terem ciência das cláusulas e obrigações do instrumento. Além disto, é necessário ressaltar que caso haja qualquer tipo de desconhecimento, ou até mesmo má compreensão, sobre o que está sendo acordado corre-se o risco de ter-se um vício dentro da instauração do negócio jurídico.

Porém, nem sempre a aceitação é feita de forma expressa, podendo muitas vezes ser sequer mencionada pelas partes, o que não torna ela menos válida. Importante que se destaque a necessidade da análise do caso concreto que se for examinar, justamente pela peculiaridade desta concordância.

Ainda, no que toca a aceitação tácita supracitada, a mesma poderá ocorrer também quando reste claro que o agente, ao praticar seus atos, ações e omissões não os teria cometido, caso não tivesse aderido ao contrato. À respeito do tema, nos leciona Bevilaqua:

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2016, p. 352-353.

¹⁸² BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 166.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2016, p. 354-355.

E' expresso o consentimento, quando se manifesta verbalmente, por escripto ou, mesmo, por outros signaesinequívocos, pelos quaes se possa externar o pensamento. E' tacito, quando sua existencia é induzida da pratica de actos ou factos, de acções ou omissões, que não teriam logar, se não houvesse, da parte do agente, o animo de aceitar a proposta que lhe foi feita.¹⁸⁴

Mostra-se claro, portanto, que a conduta do indivíduo ao praticar atos que corroborem com a sua aceitação das cláusulas contratuais propostas é tão relevante quanto uma aceitação expressa das mesmas. Diante disto, torna-se imprescindível que sempre se verifique o caso concreto para a averiguação da existência ou não da aceitação das cláusulas contratuais, seja de forma expressa ou tácita. Podemos ter como exemplo de casos assim as situações em que um funcionário ou gerente, que mesmo não tendo dito expressamente e formalizado que concorda com uma alteração contratual ou até mesmo com uma adição em suas funções, possa tê-las aceitado de forma tácita se adicionar e começar a praticar tais obrigações todos os dias nas suas funções já estabelecidas.

O estudo à respeito da aceitação das cláusulas contratuais, seja de forma expressa ou tácita, traz consigo também a inevitabilidade de se analisar a força obrigacional dos contratos, pois, uma vez aceito e preenchidos os demais pressupostos legais (licitude, capacidade das partes, boa fé, etc.) faz-se então um vínculo entre o contratante e contratado gerando-se direitos e deveres entre estes.

Entende-se que os instrumentos contratuais possuem força por si só para gerar as obrigações naqueles que aderem às suas cláusulas, impossibilitando estas de serem mudadas unilateralmente e por mera liberalidade de uma das partes, justamente por terem sido originadas do encontro das vontades dos contraentes. À respeito do tema, Coelho leciona:

Ao se vincularem por um contrato, as partes assumem obrigações, podendo uma exigir da outra a prestação prometida. Esta é a regra geral, sintetizada pela cláusula *pacta sunt servanda*, implícita em todas as avenças. Em outros termos, a ninguém é possível liberar-se, por sua própria e exclusiva vontade, de obrigação assumida em contrato. Se o vínculo nasceu de um encontro de vontades, ele somente poderá ser desfeito por desejo de todas as pessoas envolvidas na constituição (ressalvadas as hipóteses de desconstituição por fatores externos à manifestação de vontade). Isto significa especificamente que, em todos os contratos, são implícitas as cláusulas de irretatibilidade e de intangibilidade. Pela primeira, afasta-se a possibilidade de dissolução total do vínculo por simples vontade de uma das partes; pela outra, revela-se impossível a alteração unilateral das condições, prazos, valores e demais cláusulas contratadas.¹⁸⁵

Para que haja, portanto, uma mudança dentro das obrigações aderidas dentro de um contrato, é necessário que todos aqueles envolvidos entrem em comum acordo, mesmo que de

¹⁸⁴ BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 166-167.

¹⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2016, p. 356.

forma tácita, para efetuar tal modificação. Isto se dá pelo fato de que não há a possibilidade de ocorrer uma alteração ou rescisão contratual de forma unilateral. Estas proteções conferidas às obrigações contratuais, conforme mencionado pelo autor acima, garantem a exigência das cláusulas pactuadas entre as partes, sendo então um forte instrumento para solidificar a segurança jurídica que envolve o pacto.

3.2.1.2 O contrato social e o poder da Alta Administração

No tocante aos contratos sociais, ou seja, o ato constitutivo de uma sociedade empresarial, há uma divergência na doutrina em relação à sua natureza jurídica. Irá se optar aqui pela natureza contratualista, uma vez que esta se mostra a mais adequada para explicar o que é uma empresa.

De acordo com Oliveira, os teóricos que discordavam dessa teoria embasavam seus argumentos afirmando que um contrato tem natureza bilateral, ou seja, trata-se apenas de partes que juntam seus esforços e vontades gerando assim direitos e obrigações entre ambas, pois, em tese, toda prestação gera uma contraprestação. Tal problema, conforme menciona o autor, foi sanado ao se introduzir o conceito de contrato plurilateral dentro da teoria. Este conceito determina que as partes podem ajustar entre si o alcance de um objetivo em comum, sendo todas titulares de direitos, deveres e obrigações entre si e para com a sociedade.¹⁸⁶

Referente à administração das corporações, mostra-se que nosso ordenamento jurídico traz diversas modalidades (sociedades anônimas, limitadas, simples, etc.). Entretanto, irá se utilizar neste momento a sociedade limitada como exemplo e objeto de estudo, tendo em vista que é a mais comum dentro de nosso meio, uma vez que a mesma traz consigo limitação patrimonial quanto à responsabilidade dos sócios.

Conforme explica Ricardo Negrão, a nomeação do administrador poderá ser de um sócio ou de pessoa estranha ao quadro social, o que resultará em diferentes porcentuais mínimos para a nomeação, que poderão variar caso o capital social da empresa esteja ou não integralizado. Ademais, o autor menciona também que tem se aceito na doutrina a proibição de pessoas jurídicas como administradoras de empresas limitadas, tendo em vista que o Código Civil preveria apenas pessoas naturais como capazes de ocupar este cargo.¹⁸⁷

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Tratado de Direito Empresarial Brasileiro: Teoria Geral do Direito Societário. Campinas: LZN, 2004, p. 17-18.

¹⁸⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406-407. 1 v.

Tendo em vista que o administrador só poderá ser uma pessoa natural, vê-se desde já que poderá estar sujeito à uma responsabilização criminal e cível. Ainda, mostra-se que o mesmo adquire direitos e deveres ao ser nomeado para o cargo. À respeito das obrigações dos administradores em sociedades limitadas, Oliveira ensina:

Da observância das regras contidas na lei das sociedades anônimas, aplicáveis aos administradores das sociedades limitadas, tem-se que, possuindo cada administrador uma função específica na administração da sociedade, não será o co-administrador responsável por atos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Entretanto, se todos os administradores decidirem as questões da empresa de forma colegiada, solidariamente responderão todos eles, exceto aqueles que manifestarem a sua discordância mediante documento escrito perante a sociedade ou consignarem tal discordância na ata da reunião do colegiado.¹⁸⁸

Ao analisar o texto do autor destoa-se o fato de que as sociedades limitadas poderão ter em seu contrato social a previsão de um ou mais administradores, os quais poderão atuar de forma individual ou colegiada. Ademais, percebe-se que os deveres e obrigações destes, advém de regras contidas na lei de sociedades anônimas, as quais podem ser aplicáveis para as limitadas.

No tocante à responsabilização do administrador, quando este tiver poderes individuais e independência dos demais, nos casos de prática de alguma irregularidade por algum coadministrador, a responsabilidade pelo ato só implicará em uma punição conjunta quando houver a ausência do dever de vigilância por parte desse. Isto resulta, portanto, na obrigação de cuidar da atividade dos demais coadministradores, uma vez que caso o mesmo se mostre relapso ou porventura conivente, poderá sofrer sanções como se tivesse cometido o próprio ato irregular.

Já para os casos de administrações colegiadas, só se isentará de responsabilidade aquele que for contra a decisão do órgão colegiado de praticar os atos irregulares. Ademais, para que seja válida esta discordância é necessária que a mesma seja descrita de forma expressa na ata de reunião dos administradores, sob o risco de, caso não registrada, àquele que mesmo discordando da decisão dos demais, acabe sofrendo as mesmas sanções dos que intentaram a prática da irregularidade.

No caso das Sociedades Anônimas a forma da administração da empresa pode se dar, de acordo com Campinho, de forma monista ou dualista. Na primeira tem-se a Assembleia Geral dos acionistas como órgão fiscalizador, supervisor e de controle dos atos da gestão

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Tratado de Direito Empresarial Brasileiro: Teoria Geral do Direito Societário. Campinas: LZN, 2004, p. 437.

empresarial (que seriam exercidos exclusivamente pela Diretoria). Já o sistema dualista há dois órgãos que dividem estas funções: a Assembleia Geral de acionistas e o conselho de Administração - ficando a administração da empresa neste sistema incumbido ao Conselho de Administração e à Diretoria.¹⁸⁹

3.2.1.3 O contrato de trabalho e as normas internas da empresa

Entretanto, resta ainda averiguar como se situa a relação de emprego do indivíduo que não possui um cargo de gerência, ou até mesmo não possui qualquer tipo de atribuição de liderança dentro da hierarquia empresarial, nos casos de participação no cometimento de ilícitos. É preciso que se analise como a relação de emprego atua dentro das transferências e/ou delegações de responsabilidades para que se averigüe se o *compliance officer*, independente de quem ele seja e também de qual for a posição hierárquica que ele ocupe, pode figurar como garantidor para os crimes omissivos impróprios, vinculado pelas cláusulas constantes no seu contrato de trabalho.

Diante disto, é necessário que se faça uma análise acerca da natureza do contrato de trabalho e o que pode ser exigido no mesmo. De acordo com os juristas Cavalcante e Ferreira:

A relação de trabalho é um negócio jurídico que se insere no âmbito da autonomia privada, logo, a sua natureza é contratual.

O ordenamento jurídico nacional adotou uma posição intermediária ao enunciar que o contrato individual de trabalho é acordo tácito ou expresso que correspondente à relação de emprego (art. 442, *caput*, CLT).¹⁹⁰

Mostra-se que o contrato de trabalho possui natureza contratual e está inserido dentro dos negócios jurídicos previsto no Código Civil em seu Livro III, Título I¹⁹¹. Tem-se que tal meio, muito embora possua certas restrições previstas dentro da CLT, está sim vinculado às obrigações cíveis, tendo em vista que este instrumento gera deveres e obrigações entre os contraentes, bem como é tratado dentro da esfera privada das partes, ou seja, é um contrato feito de forma livre (ainda que tenha suas limitações impostas por lei) entre pessoas capazes para tal. Ainda, o contrato de trabalho, conforme menciona Martins, tem sua origem dentro do

¹⁸⁹ CAMPINHO, Sergio. Curso de direito comercial - sociedade anônima. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura, p. 296.

¹⁹⁰ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho: Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 209.

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acessado em 11 de novembro de 2019.

direito civil, servindo este como fonte subsidiária para as soluções de conflito que surgirem na justiça do trabalho (quando não conflitar com as normas trabalhistas).¹⁹²

Importante salientar também, conforme menciona Vilhena que este tipo de contrato pode ensejar, aos colaboradores da empresa, a adesão e obediência às normas internas da companhia. Demonstra-se então uma possível obrigatoriedade do trabalhador à seguir as normas internas da corporação da qual trabalha, podendo inclusive estar sujeito às punições nelas previstas¹⁹³. Sobre o conteúdo do regulamento interno da empresa, Martins leciona:

No regulamento da empresa, podem ser distinguidas algumas espécies de cláusulas: (a) contratuais, que irão estabelecer regras complementares ao contrato de trabalho, criando direitos em favor do empregado; (b) disciplinares, decorrentes do poder disciplinar do empregador, que irá estabelecer normas técnicas na empresa, determinando punições para quem descumprir as regras especificadas.¹⁹⁴

Conforme mencionado pelo autor, o regulamento interno do empregador poderá prever punições àqueles que descumprirem suas normas, demonstrando claramente uma obrigatoriedade aos funcionários sobre as mesmas. Pode-se considerar também que tal regulamento cria deveres e obrigações, no tocante aos procedimentos internos da empresa, à determinados tipos de empregados de diversos tipos de setores dentro da companhia, resultando em diferentes deveres e obrigações para cada tipo de função.

Além disto, acerca do contrato de trabalho, uma de suas principais características é a própria necessidade de todos os funcionários executarem devidamente suas funções à fim de que a empresa funcione de forma correta. Nas palavras do jurista Vilhena:

No contrato de trabalho, o objeto da prestação é a função a ser exercida pelo empregado, ou seja, a tarefa que deva executar e que se integrará ou que se incorporará no giro total da empresa em movimento. Ou melhor, essa tarefa, como a tarefa entregue por outro trabalhador, como o desempenho de uma máquina ou a atividade de um encarregado, de um diretor, comporá a dinâmica geral da empresa, em seu processo produtivista ou de fornecimento de bens e serviços.¹⁹⁵

Vê-se então que as normas internas de uma companhia, bem como as próprias funções e atividades exigidas de um empregado, fazem parte de um complexo “ecossistema empresarial” o qual necessita que todos os envolvidos desempenhem seus papéis de forma que a companhia funcione igual a uma engrenagem. A própria diretriz interna da empresa pode gerar deveres de agir ao empregado, ensejando à este deveres e obrigações perante à

¹⁹² MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 80.

¹⁹³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e supostos. São Paulo: LTr, 1999, p. 473.

¹⁹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 368.

¹⁹⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e supostos. São Paulo: LTr, 1999, p. 472.

corporação e seus padrões. Tais obrigações causam assim um dever de garante ao colaborador, uma vez que obrigam o indivíduo a agir de determinada maneira, a qual, se seguida corretamente, geram não só o bom andamento da empresa, como também podem vir a evitar que ilícitos ocorram.

Mostra-se que a omissão é relevante tanto nas esferas cível, administrativa e criminal para aqueles que se engajam em atividades empresariais. O dever de agir na esfera penal, presente na figura do garantidor, exige que o indivíduo se obrigue a atuar de forma para se tentar evitar a ocorrência do tipo penal, sob pena de ser considerado responsável como se tivesse cometido o próprio ato ilícito em si. As funções e obrigações dos empregados, bem como dos dirigentes da corporação, nascem dos contratos de trabalho firmados entre os colaboradores e o empregador (no caso das relações de emprego convencionais, previstas na CLT) e também do contrato social (para os casos de administradores e outros cargos mais altos de gerência), sendo que ambos os casos prevêm obrigações e deveres aos que trabalham dentro da empresa para que atuem e exerçam suas funções de modo a garantir o bom andamento da atividade empresarial, garantindo assim um alto desempenho da companhia e prevenindo, dentro do possível, a prática de ilícitos dentro do ambiente corporativo.

A respeito disso encontramos algumas possibilidades para a função do *compliance officer*, porém iremos tratar aqui das possibilidades de o mesmo ser dotado tanto de poderes de direção, como também de poderes de mera vigilância e manutenção do programa de integridade. Quando estamos diante da possibilidade de delegação funções, os mesmos poderão ser delegados de forma total (com poderes diretivos completos) ou parcial (somente poderes mínimos de intervenção ou de apenas mera vigilância). Conforme menciona Estellita:

Quando a delegação for acompanhada de poderes de intervenção direta, a constituição de uma posição de garantidor por derivação não parece oferecer maiores dificuldades.

[...]

Uma delegação apenas parcial dos deveres de garantidor de vigilância, porém, não descaracteriza a sua natureza. Ela atinge, neste caso, o cumprimento do dever de supervisão, cuja finalidade é justamente viabilizar o dever último do garantidor originário, de intervenção.¹⁹⁶

Percebe-se que mesmo não havendo a delegação de poderes de direção (únicos capazes de autorizar uma intervenção direta do *compliance officer*) subsiste ainda o dever do colaborador de manter uma vigilância e supervisão. O intuito de sua atuação é viabilizar a tarefa do administrador e/ou diretor responsável pela fonte de perigo. Assim, o *compliance*

¹⁹⁶ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 233-234.

officer através de manutenção de canal de denúncias, investigações internas, vigilância do cumprimento das normas internas da empresa, etc., está imbuído parcialmente de funções de vigilância (visto que a intervenção permanece como poder exclusivo do administrador, garantidor originário). Logo, o dever de agir do *compliance officer* termina quando cumpre com o seu compromisso, de acordo com Estellita, de relatar aos órgão de administração da empresa irregularidades ocorridas dentro da corporação, pois este fora o compromisso que assumiu, bem como foram estas as funções delegadas à si por estes mesmos dirigentes. O conhecimento sobre uma situação de perigo, causada por um integrante da empresa, sobre bem jurídico de terceiro é essencial para que os órgãos de administração ou dirigentes da empresa atuem, motivo pelo qual a função do *compliance officer* se torna penalmente relevante.¹⁹⁷

3.2.2 Da possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer*

Guimarães entende que não há fundamentos suficientes para a responsabilização criminal do *compliance officer* por uma falha no seu dever de prevenção, visto que é necessária uma efetiva posição de garantidor assumida, para que posteriormente se verifique se houve dolo na conduta praticada. Logo, o dever de garantia dado ao profissional mostra-se de meio e não de fim, porque caso contrário ele seria criminalmente responsabilizado por algo que não fez¹⁹⁸. Entretanto, conforme menciona Estellita, caso estejamos diante de uma situação mais comum de uma empresa estruturada de tal forma que o *compliance officer* possua o dever de vigiar o cumprimento das normas legais e internas da organização e de investigar as irregularidades presentes dentro do âmbito corporativo e reportá-las à Alta Administração, então estará configurada a delegação parcial dos deveres de garantidor, porém uma delegação, ainda que parcial, não descaracteriza a sua natureza. Atinge-se, no caso, o cumprimento do dever de supervisão, que a finalidade é a viabilização do dever último do garantidor originário de intervenção¹⁹⁹.

3.3 DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

¹⁹⁷ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 224.

¹⁹⁸ GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do *compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 89.

¹⁹⁹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 221-222.

Como bem pontua D'Avila, a mera ocorrência do resultado típico não é suficiente para o preenchimento do tipo de ilícito objetivo. A constatação do resultado danoso não basta, por si só, para que se possa falar em atendimento ao tipo penal específico daquele resultado. A responsabilidade jurídico-penal pelo resultado está vinculada ao preenchimento de certos critérios que permitam atribuir (leia-se imputar) o resultado à ação, de tal modo que se consiga constatar o resultado típico como consequência de um determinado agir, e o agente como alguém penalmente responsável pela ocorrência. Eis o problema da imputação objetiva: saber quando e a partir de quais parâmetros é legítimo atribuir a ocorrência de um resultado a uma dada conduta. Informa o autor que este tema encontra-se previsto, na legislação brasileira, no Art. 13º do CP (já trazido aqui neste estudo). Esta norma legal já traz no seu *caput* dois aspectos importantes para a análise do tipo objetivo. Traz destaque ao resultado na constituição do ilícito-típico e estabelece uma condição legal mínima para imputação (baseada em uma determinada compreensão de causalidade). Neste ponto é forte, e antigo, o entendimento doutrinário de que o referido artigo recepcionou a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*): diz-se causa a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido.²⁰⁰

Ocorre que nos crimes omissivos impróprios, conforme descreve Bittencourt, há um dever de agir para se evitar um resultado (conforme já mencionado várias vezes ao longo deste estudo). Nestes tipos de crimes o agente deve atuar com a finalidade de impedir um determinado evento, ou seja, há - na verdade - um crime material (de resultado), exigindo-se portanto a presença de um nexo causal entre a ação omitida e o resultado danoso. Entretanto, de acordo com o autor, na doutrina predominante estaria sedimentado o entendimento de que não existe causalidade na omissão (lastreada pelo aspecto naturalístico), pois não há como vir algo do "nada", em outras palavras, "do nada não vem nada". Conclui-se então que a omissão só se torna causal quando a ação esperada sociologicamente teria, provavelmente, evitado o resultado. O que existe é um vínculo jurídico, equiparando-se a omissão com a ação, logo trata-se de uma ficção jurídica. No caso da omissão o que se tem é o desenrolar de um processo causal que é alheio ao omitente, onde ele é um mero observador. Como lhe é imposto por lei que intervenha nesse processo diz-se que o sujeito não causou (o resultado), porém também não o impediu, equiparando-se assim ao causador. Na omissão imprópria,

²⁰⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. COVID-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva. Notas introdutórias. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Ciências Criminais e COVID-19. 1ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 80-81.

portanto, não se tem um nexos de causalidade, o que há é um nexos de não impedimento. A relação exercida pela omissão com o resultado é através do seu não impedimento, o qual é erigido pelo Direito à condição de causa, determinando-se dessa forma a imputação objetiva do fato²⁰¹.

Trazendo o tema para o contexto empresarial, é imprescindível que se cuide a forma na qual a organização está estruturada justamente para que se verifique as modalidades de atuação dos funcionários, justamente para que se embase a omissão do *compliance officer* dentro de situações que correspondam à realidade fática do dia a dia do profissional. Ademais, para Estellita é preciso cuidar sobre a questão da imputação criminal tomando-se por base a mera posição da pessoa dentro da empresa, pois isto viola a letra clara da norma prevista no Art. 13º do CP, visto que isso renuncia a imputação do resultado a uma ação ou omissão determinada (conduta humana), a qual é "causa" do resultado danoso. A questão sobre a evitação do resultado pressupõe que seja determinada a exata ação mandada, a qual, se inserida dentro do processo causal, deverá excluir a ocorrência do fato típico. A concreta ação exigida torna-se então o ponto de partida para o exame da causalidade e da imputação objetiva do resultado nos crimes omissivos impróprios. Nos crimes comissivos a fórmula da *conditio sine qua non* opera na supressão da conduta comissiva para a averiguação se há ou não o desaparecimento do resultado. Caso se confirme o desaparecimento está configurada a causalidade. Tal causa pode ser uma ação ou omissão, porém no caso da omissão o intérprete deve inserir a ação mandada dentro do processo causal para verificar a manutenção ou desaparecimento do resultado. Entretanto, conforme menciona a autora, é que ao contrário dos crimes comissivos falta à omissão um ponto de apoio naturalístico para que se verifique esta relação causal. Entende-se que o único ponto de apoio é a ocorrência do resultado (ocorrência do tipo penal), todo o resto - em relação ao omitente - é construído de forma hipotética.²⁰²

3.3.1 A problemática da causalidade na omissão

Tavares explica que não é de hoje que a teoria da causalidade vem gerando debates tanto no âmbito das ciências naturais quanto no direito. No direito, pela necessidade de justificação da responsabilidade, a causalidade é tida como um sentido lógico de certeza, já na

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295-296.

²⁰² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255-256.

teoria científica moderna tem-se como conclusão que não existe causalidade exata ou inequívoca. A causalidade é uma análise posterior ao ocorrido, ou seja, só pode ser averiguada após o processo já ter se desenvolvido e ter-se ciência do que o teria iniciado. Porém, *a priori* não há como elaborar hipoteticamente o que pode ser considerada a causa de um resultado. Explica Tavares que diversos autores partem de uma definição de causa que não refere-se nem a algo certo e nem necessário, mas sim de algo que é meramente lógico ou hipotético, com base na teoria da condição de equivalência. De acordo com esta teoria, a causalidade não é inferida de forma totalizante (onde são levadas todas as condições em conjunto) de modo que se pudesse afirmar com precisão o processo de produção do resultado. Pelo contrário, a tarefa desenvolvida visa estabelecer se apenas uma determinada condição possa estar relacionada logicamente ao evento. Todas as condições são tidas como equivalentes, tendo-se que a constatação de que alguma delas se vincula ao resultado é feita através de um juízo lógico negativo, leia-se eliminação hipotética: a causa é a condição que, se retirada (hipoteticamente) do processo, faz com que o resultado suma, ou seja, a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Diante disto, o conceito da causa é meramente um conceito contrafático e, por isso, tem gerado uma série de controversas tanto na filosofia, como no direito e nas demais ciências de modo geral, necessitando a sua revisão por outras fórmulas.²⁰³

O autor então nos traz o problema da causalidade exposta no Art. 13º do CP em relação à sua aplicação prática. Refere-se ao fato de que empiricamente a omissão não pode constituir causa, uma vez que não podemos de modo simplista assumir que uma inatividade seja causa de um resultado. O ponto de partida para estes questionamentos estaria na própria lógica da relação de causa baseada no método da eliminação hipotética e a omissão. Eis o problema: como é possível afirmar que sem a inatividade o resultado não teria ocorrido ou, em outras palavras, como é possível afirmarmos que um "nada" é tão influente ao ponto de poder produzir um resultado empírico? Mesmo se utilizássemos a resposta proposta por Mezger de que o elemento informador da condição não seria a inatividade mas sim a atividade devida, para tal proposta ser aceita dever-se-ia presumir que a prática da ação devida resultaria no impedimento do resultado. Para Tavares esta resposta mostra-se plasticamente bonita, mas desamparada pela realidade. Alega que a teoria da condição, adotada pelo CP, ao aplicar-se à omissão, não funciona de maneira perfeita. Fundamenta-se na mera hipótese, não em uma certeza, tal qual qualquer outra teoria da causalidade. Porém, a regra prevista no CP

²⁰³ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 359-360.

está aí, o que fazer com relação à ela? Para responder esta pergunta devemos partir do próprio conceito de omissão e não ao contrário.²⁰⁴

3.3.2 O processo causal na omissão

O que Tavares propõe é uma nova fórmula para a causalidade, a qual poderia ser chamada de causalidade funcional. Se há a necessidade de uma norma mandamental para a existência da omissão, a causalidade dela deve também estar situada no âmbito desta norma. Diante disso, o Art. 13º do CP só possuirá sentido caso esteja composta dentro de uma norma mandamental, na qual seja possível analisar, para tal juízo, os limites daquilo que é mandado e o sentido da atividade devida para evitar a lesão ao bem jurídico. Tais limites da ação devida e o seu sentido são elementos dentro de um processo de comunicação, pois é somente dessa forma que podem ser compreendidos aos seus destinatários como objetos referenciais para a conduta respectiva. Esta referência também precisa estar vinculada ao mundo real, para que se evite a imputação de resultados utilizando-se puramente métodos baseados em juízos hipotéticos. Só o confronto entre o que é imposto pela norma mandamental e a realidade empírica pode elucidar se a ação devida era ou não causa do resultado. Para as questões de causalidade, que são anteriores à imputação, o que interessa é averiguar se o sujeito estava ou não em condições de realizar a ação devida, não somente no sentido da capacidade de atuar, mas sim de uma orientação de conduta lastreada na realidade empírica e em razão da lesão do bem jurídico. Não interessa a determinação se a ação devida diminuiria ou não as chances de produção do resultado, mas sim que se com ela o resultado não ocorreria com probabilidade

²⁰⁴ Para refutar a teoria da causalidade na omissão de Mezger, Tavares traz o exemplo construído por Roxin, com o intuito de demonstrar a plasticidade da mera atribuição da ausência da atividade devida como fonte produtora do resultado. No exemplo de Roxin temos um prédio em chamas e nele encontra-se um indivíduo com seus dois filhos dentro de um apartamento, situado em um andar mais elevado. Ao solo tem-se os vizinhos deste sujeito que gritam em alto e bom som ao pai das crianças para que jogue as crianças - e que não haverá problema nenhum com elas, pois todos que estão lá embaixo irão apanhá-las. Por conta do avanço das chamas e da fumaça, encontra-se o pai em um dilema: jogar as crianças ou esperar os bombeiros. Refletindo, o sujeito chega a duas conclusões: (i) que apesar dos cuidados dos vizinhos, os dois filhos poderiam morrer por conta da altura se fossem jogados pela janela e (ii) se não jogasse as crianças, estas poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelas chamas. Perante este dilema, decide o pai que é melhor manter as crianças dentro do apartamento e esperar até o corpo de bombeiros chegar ao local. Entretanto, poderia também decidir por pular pela janela e ser salvo pelos vizinhos. Pula pela janela, quebra parte do corpo, mas não morre. Pode, ainda, ficar dentro do apartamento junto com os filhos e sobreviver por conta de ter uma maior capacidade pulmonar, ao contrário das crianças que, por permanecerem dentro da residência, morrem sufocadas pela fumaça. Logo, independente da colisão de deveres e do estado de necessidade, os quais estão inseridas dentro do âmbito do injusto, o problema constitui-se em saber se houve ou não uma relação causalidade. Questiona-se, caso inserida a ação devida (jogar os filhos para serem apanhados pelos vizinhos), qual teria sido o resultado? Será que se tivesse jogado as crianças, o resultado sumiria? A resposta correta é a de que não se sabe, pois é hipotético, poderia ou não desaparecer (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 366-367).

dentro de limites de certeza. Estão conjugados, dessa forma, dois elementos na relação de causalidade: um funcional-normativo e outro empírico. A configuração da causalidade não pode depender apenas de um dos dois, pois acarretaria ou a uma antecipação da imputação ou a uma quase-causalidade.²⁰⁵

Ruivo escreve que, primeiro, tanto na verificação da causalidade ativa quanto omissiva exige-se a realização de testes baseados em um pensamento hipotético, de acordo com a fórmula da *conditio sine qua non*. Tal raciocínio hipotético de comprovação pressupõe que seja feita a adição mental da ação salvadora que fora interrompida. Esta introdução hipotética da continuidade da ação interrompida é extremamente necessária para se comprovar se o bem jurídico estaria protegido ou não sem a interrupção do salvador. O procedimento hipotético da adição mental desta ação salvadora é feito na segunda etapa do método duplamente hipotético da causalidade omissiva. Tem-se, como já vimos anteriormente, que a conduta omissiva é igualmente causa do resultado danoso, mesmo que não empreenda em energia cinética, uma vez que os resultados estão formulados em leis causais que possuem uma parte ativa e outra não impeditiva. A energia é suficiente para a configuração do resultado quando se desenvolve livre de qualquer impedimento. A ação, por si mesma, não é capaz de gerar o resultado, logo o fenômeno estipulado na primeira lei da mecânica demonstra a necessidade da coexistência dos fatores positivos (ativos) e negativos (não impeditivos) para que o resultado ocorra. A conduta omissiva, então, se baseia no desvalor da ausência de impedimento da ação de força, tornando-a tão real quanto a ação de forma não impedida. A lei causal que conduz os crimes omissivos e comissivos é a mesma, porém a conduta omissiva é o fenômeno ontologicamente reconhecível na realidade axiológica com os efeitos causais negativos, pois o resultado da conduta omissiva permite o prosseguimento do curso causal perigoso ao bem jurídico penalmente tutelado. Descreve o autor que o ponto de diferença entre as condutas (comissiva e omissiva) está no componente da lei causal que fundamenta cada uma delas.²⁰⁶

Ainda, o autor entende que a fórmula da *conditio sine qua non* não necessita de alteração para ser aplicada aos crimes omissivos, apenas é preciso superar os limites compreensivos do paradigma mecânico-essencialista da conduta criminal e do conceito de causa vigente na elaboração da doutrina da equivalência das condições. A utilidade e o

²⁰⁵ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 367-368.

²⁰⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 170, ano 28, p. 191-219, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43990659/Ruivo_A_Prova_e_o_M%C3%A9todo_de_Verifica%C3%A7%C3%A3o_da_Causalidade_na_Omiss%C3%A3o_Impr%C3%B3pria_2020_v_170. Acesso em: 31 out. 2020. Em pdf, p. 1-29, p. 08-09.

sentido do teste da *contiditio sine qua non* já ultrapassam o conceito original que estava vinculado à condição primária de força. Atualmente nos fenômenos causais se reconhece que a causa dos resultados não estão somente restritas ao desempenho das ações de força. Sustenta que a causalidade nos crimes omissivos impróprios passa por duas etapas sucessivas. A primeira delas seria a positiva, que é voltada à parte positiva que ocorre nos crimes comissivos. Nesta há a eliminação mental da ação para se descobrir se a ação de força foi realmente necessária para causar o resultado danoso. Porém, as hipóteses de testagem não são infinitas, devem ser previamente delimitadas pelo conhecimento das leis causais (a próxima etapa somente se inicia se for confirmado que a ação fora causa da lesão ao bem jurídico tutelado). Já a segunda fase, afirma Ruivo, é a negativa. A finalidade desta fase é verificar se a hipótese de ação interventiva teria impedido o resultado e preservado o bem jurídico (é aqui que é feita a adaptação da teoria da *conditio sine qua non*). Este teste hipotético funciona da seguinte forma: adiciona-se mentalmente uma ação hipoteticamente capaz de impedir o resultado na descrição do processo causal em concreto. Desta forma, todo o processo causal relacionado aos crimes omissivos impróprios consistiria na retirada (mental) da ação que concretizou o resultado, na primeira fase, e da adição (também mental) da ação devida que teria evitado o resultado na segunda.²⁰⁷

Tavares afirma que o Direito Penal trabalha, pelo menos no que toca os crimes omissivos, com critérios aproximados de certeza. Tendo em vista que jamais será possível a afirmação de que uma inatividade é causa de um resultado. Também não seria possível alegar que o resultado não teria ocorrido se a ação devida fosse realizada, motivo pelo qual a doutrina traçou o critério da probabilidade nos limites da certeza²⁰⁸. O método de averiguação da causalidade nos crimes omissivos, de acordo com Ruivo, exige que o resultado não ocorra caso a ação devida fosse praticada. Ou seja, a certeza figura como limite máximo de probabilidade, a qual pode ser traduzida numericamente pelo coeficiente de 100% (cem por cento). Isto significa que, por conta da metodologia de verificação da causalidade nos crimes omissivos não exigir a mesma certeza que nos crimes comissivos, a imputação do resultado ao omitente não precisa de comprovação de que a conduta devida certamente teria o impedido. Alega o autor que a ocorrência de todo resultado natural está vinculada igualmente à ação de força e do não impedimento do seu transcurso. O tipo das condutas ativas e passivas está

²⁰⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 170, ano 28, p. 191-219, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43990659/Ruivo_A_Prova_e_o_M%C3%A9todo_de_Verifica%C3%A7%C3%A3o_da_Causalidade_na_Omiss%C3%A3o_Impr%C3%B3pria_2020_v_170. Acesso em: 31 out. 2020. Em pdf, p. 1-29, p. 17-19

²⁰⁸ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 378.

fundamentado respectivamente na parte ativa e passiva da cadeia causal, considerando-se o agir como uma força e o omitir no não impedimento desta força. A constatação de que a ação disponível teria evitado o resultado acrescenta uma variável ao método da *conitio sine qua non* e acaba por diminuir a segurança na sua aplicação. Tem-se, portanto, que a comprovação da omissão como fonte causadora do dano possui duas variáveis: a ação perigosa e a capacidade de intervenção do omitente. A incerteza gerada pelo método hipotético de aferição da causalidade decorre da impossibilidade de se afirmar categoricamente qual seria o comportamento de sistemas altamente complexos perante a intervenção de energia. Por óbvio que há atividades nas quais faltam a cobertura universal das leis científicas capazes de guiar o procedimento de verificação da fórmula da *conditio sine qua non*. A causação do resultado pela omissão possui a mesma delimitação de espaço-tempo que a ação, porém o procedimento de supressão mental do omitir impede que se tenha a certeza sobre o juízo feito. Há duas variáveis nesse processo. De início é feita a verificação se a ação culminou no resultado ofensivo e, posterior a isto, qual seria a ação possível ao imputado que teria evitado o resultado. Como são duas as variáveis que demandam dois raciocínios hipotéticos dá-se o nome de método duplamente hipotético. Como é necessário a realização do método duplamente hipotético, bem como a incerteza inerente ao processo no que diz respeito a efetiva proteção do bem jurídico com a conduta devida ao imputado acaba-se por impedir a obtenção do juízo de certeza probatória. Portanto, a comprovação da causalidade deve buscar o patamar de alta probabilidade que se aproxime tanto quanto possível da certeza ou do coeficiente numérico de 100% (de acordo com a jurisprudência e doutrina presentes na Alemanha, Áustria, Itália, Portugal e Brasil).²⁰⁹

3.3.3 A imputação objetiva

Em relação à imputação objetiva, nas palavras de Prado, Roxin (baseado na doutrina escrita de Honig) desenvolveu diversos critérios de imputação objetiva - sustentava o autor que só poderia ser imputado o resultado que pode ser previsto e dirigido pela vontade. Diante disto, os resultados que não forem passíveis de previsão ou capazes de serem conduzidos pela vontade não podem ser tidos como típicos. Tem-se que a possibilidade do domínio da ação

²⁰⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 170, ano 28, p. 191-219, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43990659/Ruivo_A_Prova_e_o_M%C3%A9todo_de_Verifica%C3%A7%C3%A3o_da_Causalidade_na_Omiss%C3%A3o_Impr%C3%B3pria_2020_v_170. Acesso em: 31 out. 2020. Em pdf, p. 1-29, p. 19-21.

humana equipara-se à criação de um risco juridicamente relevante de lesão a um bem jurídico (isto é independente e anterior à análise da culpa ou dolo). Figura, portanto, como princípio geral da imputação objetiva a criação, através da ação humana, um risco juridicamente desvalorado, desdobrando-se em um resultado típico²¹⁰. Nas palavras de Roxin:

Quem deseja proteger jurídico-penalmente bens que não podem ser protegidos de outra forma, deve tornar a criação e a realização de um risco não permitido para estes bens o critério central da imputação, mas deve também utilizar o risco permitido, a fim da proteção da norma de cuidado, bem como da autorresponsabilidade da vítima e a esfera de responsabilidade de terceiros, para limitar a responsabilidade, o que é necessário em razão do bem comum e da liberdade individual.²¹¹

Percebe-se, nas palavras de Guimarães, que deve-se existir um risco juridicamente relevante, de tal forma que se o resultado depender exclusivamente da vontade do agente, não haja crime. Para que se ocorra a criação desse risco juridicamente relevante a doutrina expõe como justificativa para a ocorrência a inexistência de prévio controle do garante.²¹²

D'Avila é categórico ao afirmar que a teoria da imputação objetiva expressa um ganho considerável para a teoria da causa adequada, uma vez que a teoria da imputação objetiva propõe não somente um único critério, mas uma coletividade de verificações suplementares à própria causalidade - baseando-se como critério reitor o risco, em outras palavras, perigo do proibido. Em um primeiro momento faz-se a verificação da relação de causalidade entre a ação e o resultado e, posteriormente, é proposto uma análise de natureza exclusivamente normativa, onde é avaliado (em sequência) a:(i) criação ou aumento de um perigo proibido (não permitido) e (ii) que se realiza no resultado típico, dentro do âmbito do tipo. Ainda, é importante, segundo D'Avila, estabelecer se o resultado produzido - do qual depende a realização do crime - encontra-se presente no âmbito de incidência do tipo de ilícito. Importante ressaltar que nem todo resultado causado pela ação ou omissão, ainda que relacionado ao perigo proibido por ela produzido, estará abarcado pela norma penal que subjaz ao tipo, em outras palavras, abarcado pela norma penal cuja violação encontra-se

²¹⁰ PRADO, Luiz Régis. Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 798/2002, p. 445-460, abr. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-12, p. 02.

²¹¹ ROXIN, Claus. Estudo de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 *apud* GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do *compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 90.

²¹² GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do *compliance officer*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 90-91.

estipulada no tipo. Somente o resultado alcançado pelo âmbito de proteção da norma pode ser penalmente imputado ao agente, pois somente ele se contra abarcado pela proibição penal.²¹³

Para Puig e Breier a consequência que leva o entendimento da imputação objetiva, no âmbito do tipo, como primeira etapa da imputação permite que se faça a conexão entre uma conduta que se encontre com o resultado típico como obra do autor, ou seja, não devem-se considerar como critérios da imputação objetiva os elementos típicos que não possuam relação com a possibilidade de estabelecer esta mencionada conexão. A imputação objetiva não necessita comprovar todo o tipo objetivo, somente as condições que permitam atribuir um sujeito a uma lesão ou perigo descrito no próprio tipo (exigindo apenas determinados elementos específicos). Descrevem os autores que é válido que haja uma exigência mínima de relação de risco, a qual tem natureza distinta da exigência de que o risco não seja permitido. Não cabe contar com a possibilidade de produção do resultado típico sem que haja a presença, ainda que pequena, do risco. Nos casos em que envolvem o risco não permitido não há sentido em entender que a conduta não perigosa era uma a qual a lei queria evitar a produção do resultado, visto que tão tipificação não pode se esperar do cidadão que, para evitar produzir o resultado danoso, deixa de realizar condutas que não possuem condão de produzir tal resultado. Já na questão das atividades de risco permitido é perfeitamente possível identificar a conduta como perigosa para o bem jurídico e há que considerá-la como atípica, porque o Direito optou por permiti-la pela valorização positiva do setor a qual a atividade perigosa pertence.²¹⁴

3.4 DO DEVER DE INFORMAR

Muito interessante o posicionamento trazido por D'Avila ao tratar do exemplo do sujeito que tem o dever de denunciar um crime. Explica o autor efetivamente não há "comissão por omissão", pois a omissão consiste em não realizar o determinado, descumprindo-se o dever de agir como, por exemplo, no caso em que o indivíduo (obrigado a denunciar o crime) envia uma carta às autoridades competentes, notificando-as da iminência do ato ilícito, mas que depois muda de opinião e impede que o correio proceda com a entrega da referida carta. Não há aqui um crime "omissivo por comissão", visto que a repreensão do

²¹³ D'AVILA, Fabio Roberto. COVID-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva. Notas introdutórias. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Ciências Criminais e COVID-19. 1ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 83-84.

²¹⁴ PUIG, Santiago Mir; BREIER, Ricardo. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [s. l.], v. 56/2005, p. 173-201, set-out. 2005. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-13, p. 07-08.

fato está voltada não à conduta de reaver a carta e sim ao simples descumprimento do dever de comunicar²¹⁵. Ainda, conforme mencionado no capítulo segundo deste estudo, a real possibilidade de atuar está vinculada à modalidade típica a qual se refere, uma vez que inexistente omissão em si²¹⁶. Ainda, Tavares menciona que caso um sujeito não tenha a informação, por estar inacessível ou em posse de terceiro desconhecido, não se omite de prestá-la, ou seja, podemos dizer que o inverso também é verdadeiro: se o indivíduo possui uma informação que deve ser comunicada à outrem, omite-se ao não fazê-lo²¹⁷.

Tratando especificamente da coleta de informações pelo programa de conformidade Estellita descreve que o cumprimento de tal tarefa pelo *compliance officer* dá ao profissional uma vantagem tão grande, que permite que o mesmo seja capaz de controlar a atuação do garantidor primário para que este atue em prol de se evitar o resultado. Diz a autora que Schünemann descrevia isso como "vantagem informacional" (*Informationsvorsprung*) o que compensaria o déficit do poder de intervir. Tal controle é dado ao *compliance officer* em função da confiança que é depositada nele, em relação ao exercício dos deveres de vigilância que antes eram incumbidos aos delegantes e pelo dever de transmitir a informação aos garantidores originários (o que faz com que estes deixem de tomar providências para controlar a fonte de perigo, protegendo assim bens jurídicos que poderiam ser potencialmente afetados). O controle inerente à transmissão ou não da informação coloca nas mãos do indivíduo, ainda que parcialmente, uma parte do controle sobre a fonte de perigo, pois ao não repassar as informações necessárias estaria bloqueando a possibilidade do garantidor originário buscar medidas necessárias para impedir o resultado. Explica a autora que poderia se levantar o questionamento se só haveria a posição de garantia por parte do *compliance officer* caso ele possuísse algum poder diretivo ou fosse capaz de poder ordenar o cumprimento de diligências capazes de impedir o resultado típico. Tal argumento, para Estellita, parece frágil, uma vez que o garantidor não estaria obrigado a evitar o resultado, mas sim a adotar as medidas que lhe sejam cabíveis para que se tente evitar a sua ocorrência, as quais não implicam necessariamente atuar sobre o agente que está na iminência de praticar o ato delituoso, logo, a ausência de poder diretivo não afeta a posição de garantidor do *compliance officer* - o que não impede de ainda ser necessária a análise da causalidade e da imputação objetiva para lhe atribuir a prática de crime omissivo impróprio - em outras palavras, é preciso que se comprove que caso o *compliance officer* tenha informado a alta cúpula da gestão a mesma

²¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 203-204.

²¹⁶ Cf. tópico 2.3.2 deste estudo.

²¹⁷ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 352.

teria atuado em prol da intervenção dentro do processo causal e o resultado não teria ocorrido.²¹⁸

A autora traz, como sendo possivelmente a melhor solução até o momento para esta questão, a resolução formulada por Schrott. Parte-se do reconhecimento que o *compliance officer* possui a posição de garantidor por derivação da posição de garantidor exercida pelos dirigentes da empresa (a posição de garantidor dos dirigentes pelas fontes de perigo fundamenta-se no poder disciplinar exercido por estes para agir e neutralizar os perigos aos bens jurídicos externos). Já o embasamento para a posição de garantidor do *compliance officer* reside no fato de que para o exercício sobre uma fonte de perigo torna-se irrelevante - sob a ótica do bem jurídico posto em risco - se o garantidor controla ou não a fonte do risco como titular jurídica de competência para dar ou não ordens ou se possui vantagem por puramente ter domínio da informação. Para Schrott é justamente esta vantagem que configura o fundamento material da posição de garantidor do *compliance officer*. Conforme posto anteriormente, por se tratar de posição de garante por delegação a mesma está limitada aos deveres assumidos, em outras palavras, está adstrita aos deveres de diagnóstico e controle que foram faticamente delegados. Pode-se separar as tarefas a serem exercidas em dois grandes grupos: 1) estruturação e desenvolvimento de um programa de *compliance* efetivo e 2) dever de diagnóstico e investigação de práticas criminosas dentro da empresa e comunicação destas para que as áreas competentes tomem providências. Schrott entende que é o segundo grupo de deveres que possui relevância penal. É justamente o dever de comunicação que permite ao *compliance officer* ter um controle fático sobre a fonte de perigo, ou seja, caso violado este dever também se estaria violando o seu dever de garantidor. Por fim, será sempre necessário o exame concreto da estrutura organizacional nos casos individualizados. Porém, de forma geral, o *compliance officer* fica como responsável, sendo o primeiro garantidor, pelos diagnósticos de perigos e fornecimento de informações. Com base nessas informações, devem os dirigentes adotar as medidas adequadas para a neutralização do risco. Logo, é somente com a soma dessas duas atividades que poderá se evitar o resultado típico²¹⁹.

A autora relata que Schrott realiza a imputação do resultado através de duas etapas sucessivas. A primeira etapa consiste na análise se há clara atribuição normativa ao âmbito de responsabilidade do garantidor. Nesta fase são levados em consideração alguns critérios. O

²¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 222-224.

²¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 277-279.

primeiro critério diz respeito à superior *expertise* do profissional. Aqui é preciso comprovar-se que há uma inequívoca conexão do comportamento devido para evitação do resultado no âmbito das responsabilidades do *compliance officer* quando este (por conta de sua técnica) possui o controle fático da fonte de perigo. O segundo critério, da primeira etapa, refere-se ao critério do conhecimento de terceiro (no momento do surgimento do dever de comunicar). Aqui o importante é sabermos que a informação omitida perde força de prevenção do resultado quando a mesma em nada acrescenta ao conhecimento prévio daquele que tem o dever de receber tal informação. Entretanto, se o destinatário da informação acaba por receber a informação por outro meio quando já havia surgido o dever de agir do *compliance officer*, o qual permanece inativo para evitar o resultado, tal dado será relevante na segunda etapa do processo de imputação. Como terceiro critério temos a configuração do cargo do primeiro garantidor em sistemas de prevenção de perigos. Neste critério quando há uma estrutura de *compliance* ineficiente (ou falha) o *compliance officer* terá uma imagem deficiente dos processos de perigo relevante dentro da empresa e, portanto, não poderemos falar em clara atribuição normativa de responsabilidade. Aqui permite-se também a avaliação de programas de conformidade ineficazes e/ou de fachada, podendo atribuir a responsabilidade destes aos administradores e ao *compliance officer*. Como último critério da primeira etapa, temos a posição hierárquica. Nela pressupõe-se que exista autonomia técnica no âmbito de vigilância. Em síntese, se for excluída a autonomia do *compliance officer* para exercer suas funções, em outras palavras se caso dependa sempre dos comandos da administração, não se pode falar em delegação efetiva, transferindo os deveres aos administradores cabendo-lhes total responsabilidade pela sua violação.²²⁰

Na segunda etapa é realizado o exame empírico de evitabilidade, valendo aqui a seguinte máxima: havendo uma clara atribuição normativa de responsabilidade ao *compliance officer*, sob o ponto de vista normativo, será avaliado em favor da evitabilidade do resultado por meio da conduta omitida pelo profissional, a qual só será afastada mediante o exame do caso em concreto onde possa se averiguar uma dúvida substancial na reação dos dirigentes em tomar uma atitude para que seja evitado o resultado. Diante disto, o exame empírico da evitabilidade impede que se faça uma imputação do resultado com base em decisão puramente normativa. A pergunta que resta é: mesmo que o *compliance officer* tivesse atuado de forma diligente com os seus deveres, teria o destinatário da informação (Alta Gestão) agido também

²²⁰ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 280-283.

em conformidade e assim o resultado típico teria sido evitado? As hipóteses levantadas dizem respeito somente ao fato típico. Meras especulações sobre a atuação do dever do garantidor a quem se dirige a informação não são capazes por si só de afastar o juízo hipotético de evitabilidade. De outra banda, não pode-se também inserir dentro dessa cadeia de hipóteses supostos comportamentos de demais agentes. A existência de circunstâncias concretas que são diretamente relevantes para o fato concreto com capacidade empírica condizente para afastar a evitabilidade pode ser quando, por exemplo, verifica-se uma inação anterior dos gestores ou do *compliance officer* diante do recebimento de outras informações - não muito distante no tempo - relativas ao mesmo acontecimento típico (processo causal perigoso). A própria implementação efetiva de um programa de *compliance* resulta na concentração da responsabilidade penal na pessoa que desempenha a função de *compliance officer* para com deveres de diagnóstico e comunicação, enquanto que concentra nos dirigentes a responsabilidade penal de intervir no processo de perigo para os bens jurídicos externos à organização. O descumprimento do dever pelos dirigentes - se comunicados - ainda que deficitariamente, traz uma dúvida substancial à hipotética reação conforme o dever da administração da empresa diante da comunicação completa por parte do *compliance officer*, portanto (nestes casos) o risco da responsabilidade penal recai sobre os dirigentes.²²¹

²²¹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 283-284

CONCLUSÃO

O mundo moderno trouxe consigo o avanço da técnica e esta, por sua vez, trouxe perigos de lesão aos bens jurídicos, que por uma questão de política criminal, passam a ser não só individuais, mas também coletivos. Com a atividade empresarial sendo uma das fontes desses perigos e com o risco de lesão aos bens jurídicos coletivos surge um novo tipo de criminalidade, a qual ocorre dentro do ambiente corporativo. Visando o combate ao cometimento de ilícitos surge o *compliance* como um fenômeno que consiste basicamente em um estado constante de conformidade, no qual se busca a implementação de uma cultura ética e proba dentro do meio empresarial afim de que se respeite as normas internas da organização e externas à ela. Os programas de conformidade devem possuir, portanto, mecanismos que permitam a empresa à atingir esse estado constante de conformidade, utilizando-se para tal métodos de investigação interna, *due diligence*, comunicações internas, etc., assim como necessitam de condições suficiente e viáveis para exercerem seu propósito - fala-se aqui não só de recursos humanos (pessoas capacitadas e em quantidade suficiente) e financeiros, mas também do apoio da Alta Administração para fazer valer a aderência ao programa. É preciso que o programa tenha autonomia para atuar, uma vez que caso não o tenha fica comprometida a sua efetividade.

À frente do programa temos a figura emblemática do *compliance officer*, o qual possui, de modo genérico, dois tipos de funções: 1) o desenvolvimento, manutenção e aprimoramento do programa de *compliance* para que continue se preservando o estado de conformidade e 2) o de investigação e diagnósticos de riscos corporativos, que servem justamente para ajudar a identificar os riscos de lesão ao bem jurídico externo à empresa e assim evitar que a situação se escale para um dano. Em relação ao segundo tipo de atividade, a mesma pode ser realizada ou pela intervenção direta do *compliance officer* sobre o risco impedindo que o mesmo ocorra (seria necessário um poder diretivo para isto) ou, ao se deparar com a informação de um risco iminente, deverá reportar-se aos dirigentes da empresa para que estes tomem alguma providência.

Diante deste cenário resta-nos saber se existe a possibilidade do profissional responsável pelo setor de conformidade ser responsabilizado criminalmente ao omitir-se de realizar suas funções. Para iniciarmos a resposta desta pergunta precisamos primeiro definir o que é a omissão penalmente relevante. Com base no que fora apresentado neste estudo podemos definir que a omissão não diz respeito a uma atividade em si, mas sim na ausência da atividade imposta pela norma penal, em outras palavras, a omissão fundamenta-se no dever

de agir. Como o ordenamento jurídico brasileiro prevê que a omissão pode ser causa do resultado danoso e também cria a figura especial do garantidor (indivíduos que tem o dever de agir para que se evite o resultado típico) temos então a existência dos crimes omissivos impróprios (ou qualificados), por conta da existência de uma relação especial entre o indivíduo e o resultado, relação esta que os outros não possuem, qual seja o dever de agir para que se evite a ofensa ao bem jurídico.

Dentre as possibilidades de figurar como garantidor temos a assunção fática dos deveres de impedir o resultado. Ocorre que, pelo que fora demonstrado ao longo deste trabalho, uma das formas de assunção pode ser o contrato, assim como pode-se transferir os deveres de vigilância em todo ou em parte para os funcionários dentro da estrutura hierárquica da empresa. Como o contrato de trabalho é uma espécie de contrato (regido por regras específicas, mas mantendo sua condição jurídica de contrato) podemos inferir que o *compliance officer* possui esta condição especial de garantidor, até por conta das suas obrigações contratuais envolverem deveres de vigilância, oriunda da delegação de deveres de vigilância por parte da Alta Gestão da empresa (abrindo-se assim a possibilidade de responsabilização criminal deste profissional por conta da sua omissão).

Voltando-nos aos tipos de funções exercidas pelo *compliance officer* vemos que nos casos de diagnóstico e investigação há situações em que a estrutura organizacional conferem ao profissional poderes de intervenção (tal qual um dirigente), motivo pelo qual torna-se mais fácil justificarmos a responsabilidade criminal dele ao não intervir no processo causal que resultou em um dano ao bem jurídico. Porém a questão fica mais complexa quando estamos diante da situação em que só existe o dever de reportar (o qual também é fonte do dever de garantidor, visto que é justamente pelo controle da informação que lhe confere a vantagem de se ter controle sobre a fonte de perigo). A complexidade reside no fato de que não há como garantir, com certeza, que mesmo se o perigo fosse reportado a Alta Administração, esta tomaria providências para impedir o resultado. Porém, mostra-se claro que é necessária a conjugação das duas atividades (reporte do *compliance officer* e intervenção da Alta Administração) para que se evite o dano ao bem jurídico. Para sanarmos esta questão entendemos que para que ocorra a imputação do resultado deve ser feito um processo de reconhecimento composto por duas etapas. A primeira etapa consiste na verificação de se há clara atribuição normativa ao âmbito de responsabilidade do garantidor e a segunda etapa onde se faz um juízo de evitabilidade do resultado, baseando-se nas provas colhidas pela realidade fática vivenciada pela empresa. O que se busca, portanto, é definir (baseando-se na alta probabilidade) se haveria chances de que, caso informados, a Alta Administração teria

intercedido e que esta intervenção teria sido eficaz para evitar o resultado. Em caso positivo para estas duas questões, configura-se a responsabilidade criminal por omissão do *compliance officer* pelo não reporte do perigo.

REFERÊNCIAS

- ABNT. **ABNT NBR ISO 37301: Sistemas de gestão de *compliance* - Requisitos com orientações para uso**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2021.
- BARRILARI, Cláudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e *compliance***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BENEDETTI, Carla Rahal. ***Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal***. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). **Manual de Compliance**. 3^a. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15^a. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.
- BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 11 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.** Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portaria nº 909 de 07 de abril de 2015.** Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34001/8/Portaria909_2015.PDF. Acesso em: 01 dez. 2021.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial - sociedade anônima.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

CGU. **Manual Prático de avaliação de programa de integridade em PAR.** Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt->

br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-76.

CGU. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015. *E-book*. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021. Em pdf, p. 1-28.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2016.

CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. **Compliance bancário: o processo de mitigação e prevenção de fraudes no Sistema Financeiro Nacional**. 1ª. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

D'AVILA, Fabio Roberto. COVID-19, autorresponsabilidade e imputação objetiva. Notas introdutórias. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). **Ciências Criminais e COVID-19**. 1ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

D'AVILA. **Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceito e preconceitos (ou a inabilidade no manejo da interdisciplinariedade). *In*: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). **Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

GONÇALVES, Marcelo. **Os programas de compliance na realidade do direito penal brasileiro**. Curitiba: Editora CRV, 2021.

GUIMARÃES, César Caputo. **A responsabilidade penal do *compliance officer***. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

GUIMARÃES, César Caputo; MOREIRA, Rubens de Oliveira; BARBOSA, Nahla Ibrahim. A responsabilidade criminal do *compliance officer* e do *data protection officer - DPO*. In: CARVALHO, André Castro *et al*, (coord.). **Manual de Compliance**. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura.

IBGC. **Compliance à Luz da Governança Corporativa**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura.

IBGC. **Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2017. *E-book*. *E-book* consultado no catálogo de obras do IBGC mediante assinatura.

LANZINI, Luiz Eduardo. **Governança corporativa e compliance: global trading**. Curitiba: Contentus, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho: Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro: Teoria Geral do Direito Societário**. Campinas: LZN, 2004.

PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. *Due Diligence* anticorrupção de terceiros e em fusões e aquisições. In: CARVALHO, André Castro et al, (coord.). **Manual de Compliance**. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). **Crime e interdisciplinarietà: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 872/2008, p. 433-455, jun. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19.

PRADO, Luiz Régis. Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 798/2002, p. 445-460, abr. 2008. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-12.

PUIG, Santiago Mir; BREIER, Ricardo. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 56/2005, p. 173-201, set-out. 2005. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-13.

RIZZO, Maria Balbina Martins De. **Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). **Ciências Criminais e COVID-19**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 170, ano 28, p. 191-219, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43990659/Ruivo_A_Prova_e_o_M%C3%A9todo_de_Verifica%C

3%A7%C3%A3o_da_Causalidade_na_Omiss%C3%A3o_Impr%C3%B3pria_2020_v_170.

Acesso em: 31 out. 2020. Em pdf, p. 1-29.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; PONTIN, André Luiz. Compliance na indústria farmacêutica. *In*: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). **Compliance na área da saúde**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VALADARES, Heloisa de Carvalho Feitosa. Sistema de gestão de *compliance*: políticas, procedimentos e controles internos. *In*: CARLINI, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (coord.). **Compliance na área da saúde**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. *In*: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). **Crime e interdisciplinabilidade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial - A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 5.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pessoa Jurídica e Culpabilidade no Direito Penal Econômico. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [São Paulo], v. 15/1996, p. 125-157, jul./set. 1996. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-24.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: RT-RIO, 1996.

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

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 1999.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br