



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA APLICADA
À CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Vitoria de Assis Pacheco Morais

Rio de Janeiro
2019

VITORIA DE ASSIS PACHECO MORAIS

A TEORIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA APLICADA
À CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Nelson Carlos Tavares Junior

Lucas Tramontano de Macedo

Rio de Janeiro
2019

A TEORIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA APLICADA À CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Vitoria de Assis Pacheco Morais

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – a criminalidade empresarial desperta algumas das discussões mais complexas do Direito Penal e se tornou objeto de interesse da mídia e da população no geral. Com o notável incremento da persecução penal em face de executivos e membros de sociedades empresariais nos últimos anos no Brasil, é imprescindível analisar os critérios utilizados para essa responsabilização. Nesse contexto, o presente trabalho é centrado na teoria da omissão imprópria aplicada à estrutura empresarial, de modo a compreender o seu papel diante de práticas criminosas ocorridas no âmbito destas organizações. O objetivo deste estudo é analisar os fundamentos que legitimam a responsabilização de membros de sociedades empresariais e, simultaneamente, traçar os seus limites, numa tentativa de conferir maior racionalidade ao recrudescimento imprudente do sistema punitivo, visto como resposta aos anseios de combate à impunidade e à corrupção.

Palavras-chave – Direito Penal. Responsabilidade penal. Direito Penal Econômico. Omissão imprópria.

Sumário – Introdução. 1. Desafios na aplicação dos paradigmas clássicos do Direito Penal aos crimes empresariais. 2. A teoria da omissão imprópria como fundamento para a responsabilização dos dirigentes de sociedades empresariais. 3. A figura do *compliance officer* e sua relevância para a responsabilização por omissão imprópria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado explora a temática da responsabilização de membros de sociedades empresariais nos crimes praticados no âmbito dessas organizações, com fundamento na teoria da omissão imprópria. O objetivo central do estudo desenvolvido é apontar os desafios na correta identificação da autoria na criminalidade empresarial e analisar a solução da doutrina que busca seu fundamento na teoria da omissão imprópria.

Mais especificamente, busca-se discutir a problemática da imputação de crimes aos dirigentes de empresas e *compliance officers* e as dificuldades teóricas que dela decorrem. Constata-se uma inexistência de consenso jurisprudencial mínimo no Brasil acerca de critérios concretos para essa responsabilização, o que resulta não raro numa responsabilidade penal objetiva que associa de forma automática o cargo ostentado pelo indivíduo à sua culpabilidade.

Essa aplicação equivocada pode ser explicada pelo fato de que os institutos clássicos do Direito Penal têm como paradigma a figura do autor individual, de modo que a sua aplicação à criminalidade econômica faz emergir diversas indagações.

Nesse cenário, a sociedade empresarial, enquanto ambiente típico de ocorrência de crimes econômicos, se apresenta na maior parte das vezes como uma estrutura complexa, dotada de uma divisão hierárquica de competências entre seus membros, situados em diferentes camadas operacionais e gerenciais.

Como consequência, há uma fragmentação da realização do tipo penal, já que a execução do *iter criminis* e a informação, de que depende a figura do dolo, podem ser divididas entre diversos integrantes da empresa, o que traduz um desafio para a imputação objetiva e subjetiva do crime. Isso acaba por proteger os detentores de posições mais elevadas na hierarquia empresarial, já que permite um distanciamento entre os sujeitos responsáveis por determinar os rumos da instituição e os sujeitos que exercem funções meramente executivas e cumprem comandos.

A doutrina estrangeira, muito mais do que a brasileira, tem se dedicado a propor soluções teóricas que permitam a responsabilização dos membros da empresa que efetivamente detêm o poder de decisão e de comando, chamados genericamente de dirigentes. Dentre elas, tem destaque a teoria da omissão imprópria, que oferece critérios sólidos para a imputação dos crimes econômicos no âmbito corporativo, afastando-se com clareza da responsabilidade penal objetiva.

Nesse contexto, a relevância do presente trabalho se justifica pela maior complexidade dos crimes praticados no âmbito empresarial, que demanda um esforço doutrinário para se aplicar os institutos do Direito Penal com o devido rigor técnico. O problema da imputação desses crimes aos indivíduos responsáveis por determinar os rumos da empresa guarda relação com a função social dessa organização, constitucionalmente prevista, e tem despertado debates em diversos países. No Brasil, contudo, a matéria ainda é pouco discutida e costuma ser aplicada pelos Tribunais sem o devido fundamento teórico.

No desenvolvimento desta pesquisa, almeja-se suscitar o debate em torno de três questões principais, que norteiam cada um dos capítulos do presente trabalho. No primeiro capítulo, indaga-se se os institutos clássicos do Direito Penal se mostram suficientes para a responsabilização de todos os personagens envolvidos na prática de crimes econômicos, tendo em vista a crescente complexidade das estruturas corporativas. Neste sentido, elucidam-se os desafios e limites na aplicação destes institutos clássicos à criminalidade empresarial.

O segundo capítulo se destina a analisar as bases da teoria da omissão imprópria, confrontando-as à legislação brasileira, e compreender os critérios para a sua aplicação como instrumento de responsabilização dos dirigentes por crimes empresariais.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a relevância do *criminal compliance* e sua pertinência ao tema investigado e busca delinear os critérios de atribuição do papel de garantidor ao chamado *compliance officer*, de modo a conferir segurança jurídica à sua responsabilização por crimes praticados no âmbito da sociedade empresarial e distinguir os seus deveres daqueles desempenhados pelos dirigentes da organização.

O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, uma vez que são várias as teorias propostas diante da problemática suscitada no trabalho, todas com potencial para fundamentar juridicamente a questão, de modo que buscar-se-á comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Ademais, a pesquisa desenvolvida terá uma abordagem qualitativa, posto que o pesquisador pretende analisar a bibliografia pertinente à temática para embasar a sua tese.

1. DESAFIOS NA APLICAÇÃO DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS DO DIREITO PENAL AOS CRIMES EMPRESARIAIS

A criminalidade de empresa, segundo a definição de Schünemann, abrange os crimes econômicos cometidos a partir de uma sociedade empresarial, ou seja, por meio da atuação de um indivíduo para essa organização – correntemente designada de empresa –, que lesionam bens jurídicos e interesses externos, incluídos aqueles dos demais colaboradores da sociedade. É nesta categoria de delitos que emergem as grandes dificuldades de imputação jurídico-penal, o que resulta principalmente da divisão de responsabilidade e ação, típica da empresa.¹

Noutros termos, a estrutura da sociedade empresarial é um verdadeiro campo de proliferação de pequenas esferas de poder, com divisões horizontais e delegações verticais de competências, necessárias à operacionalização do trabalho. Entre cada instância de atuação, há certos graus de independência, que coexistem com a retenção de responsabilidades por algumas figuras que integram a hierarquia. Essa complexidade é fonte de diversos problemas relacionados à imputação penal, cujo modelo clássico se orienta para a responsabilização individual, num cenário ideal que reúne numa só pessoa a informação, o poder de decisão e a execução da conduta.

¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Espanha, tomo 41, nº 2, p. 529-558, 1988. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Destarte, a análise da tipicidade faz emergir alguns destes questionamentos, seja quanto à sua vertente objetiva ou subjetiva. À parte as dificuldades de ordem probatória para se individualizar as diversas contribuições de cada integrante da estrutura societária para um resultado delituoso, existem situações que não encontram solução no Código Penal brasileiro – mas que são reguladas no ordenamento jurídico de outros países como Alemanha e Espanha², a exemplo destas mencionadas a seguir.

Sob o ponto de vista da tipicidade objetiva, a imputação de um crime especial praticado no âmbito empresarial pode esbarrar num cenário em que a pessoa jurídica detém a especial qualidade exigida pelo tipo penal, mas as pessoas naturais que praticaram a conduta – ou que deveriam evitar o seu resultado – não a detêm. Ou ainda numa situação em que o indivíduo que pratica a conduta possui a qualidade exigida pelo tipo, mas atua sem dolo e por ordem de outro sujeito que, por sua vez, carece da tal qualidade.³

A análise da tipicidade subjetiva também suscita indagações, especialmente em razão da filtragem e segmentação de informações ao longo da estrutura hierárquica da sociedade empresarial. Seja em razão da impossibilidade de lidar com grandes quantidades de dados, da ocorrência de situações que reclamam por soluções rápidas, ou de especificidades técnicas que demandam a contratação de especialistas e a elaboração de pareceres, a segmentação do fluxo de informação na empresa é aspecto primordial que viabiliza o processo decisório dos dirigentes.

Além de repercutir numa evidente dificuldade de aferição do dolo dos tomadores de decisões, que via de regra não têm conhecimento de todos os dados que lhes subjazem, também são fulminados os pressupostos da imputação a título culposos, já que isso pode acarretar a ausência de um dever objetivo de cuidado. Igualmente, a análise da culpabilidade pode vir a ser afetada, já que o desconhecimento de certas informações pode prejudicar o potencial conhecimento da ilicitude do ato, levando ao erro de proibição.⁴

Numa outra perspectiva, o Direito Penal Econômico se funda sobre a noção da sociedade de risco, que busca explicar a criação de novos riscos com o desenvolvimento tecnológico e a evolução científica da produção de riqueza na modernidade.⁵ Esse cenário

² Reguladas no § 14 do StGB Alemão e no artigo 31 do Código Penal Espanhol.

³ ESTELLITA, Heloísa. *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. 44-46.

⁴ Ibid, p. 50-51.

⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidade. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25.

justifica a introdução de novos objetos de proteção, alastrando-se os tipos penais para alcançar os chamados bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente e a economia.

Com frequência, essa institucionalização da insegurança⁶ funciona como discurso legitimador da criminalização de condutas que não representam efetiva lesão ou ameaça a bem jurídico, dirigidos a uma tutela *ex ante*, num fenômeno de expansão do Direito Penal. Nesse horizonte também se insere a tendência de administrativização do Direito Penal, identificada nos diversos tipos penais que associam situações de perigo abstrato ao descumprimento de certas regras administrativas, encontradas fora da seara criminal.

Como consequência destes fatores, que impossibilitam a individualização de vítimas e distanciam a afetação – que por vezes sequer chega a se tornar lesão – do bem jurídico, há uma inevitável desumanização das práticas ilícitas, isto é, uma diminuição da consciência do caráter danoso das condutas criminosas praticadas.

A agravar esta tendência de distanciamento, o senso de pertencimento a um grupo em que há disseminação de certas práticas criminosas contribui para um processo de neutralização normativa⁷. Significa dizer que há uma tendência à redução da capacidade individual de resistir à perpetração delitiva quando ela se insere numa pauta coletiva de condutas percebidas como normais e legítimas.

Diante desses e de outros desafios que se mostram habituais quando da análise da criminalidade de empresa, a teoria da omissão imprópria se apresenta como relevante recurso utilizado para lastrear a responsabilização de membros da sociedade empresarial que desempenham papéis estratégicos, o que justifica o interesse da doutrina nacional e estrangeira sobre essa temática.

2. A TEORIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES EMPRESARIAIS

Segundo a definição corrente, o crime omissivo impróprio reúne os seguintes pressupostos fundamentais: o poder agir, a evitabilidade do resultado e o dever de impedir o resultado. O poder agir traduz a possibilidade física de agir do agente na situação concreta, que permite identificar uma voluntariedade na sua inação. Por sua vez, a evitabilidade do resultado diz respeito à relação causal entre a omissão e a lesão ao bem jurídico, permitindo afirmar que,

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, p. 15.

⁷ ROTSCHE apud ESTELLITA, op. cit., p. 39.

se a despeito da ação do agente, o resultado ainda assim se verificasse, conclui-se que a omissão não lhe deu causa. Já o dever de impedir o resultado está associado à posição de garantidor que deve ser ocupada pelo autor do crime omissivo impróprio.

Num esforço de estabelecer um conteúdo material da noção de garantidor que se mostre satisfatório para legitimar uma responsabilização equivalente ao delito comissivo, a doutrina costuma assinalar dois grandes fundamentos do dever de evitar o resultado: a defesa de certos bens jurídicos desprotegidos e a vigilância e responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo.

Nessa esteira, é corrente a classificação dos deveres de garantia que distingue os deveres de proteção, orientados à preservação de um bem jurídico face a perigos externos, dos deveres de vigilância, voltados a assegurar que uma fonte de perigo se mantenha dentro de patamares permitidos e evitar que provoque resultados danosos a bens jurídicos de terceiros.⁸

Essa dicotomia é identificável, inclusive, no próprio âmbito empresarial, sendo certo que, antes de ser vista enquanto fonte de risco, há uma preocupação primordial com a proteção da empresa diante de ameaças externas. Contudo, é comum se olvidar dessa faceta dos deveres de garantia, com a ascensão do *compliance* a peça fundamental da ordem econômica, atribuindo-se grande importância à função de contenção de riscos provocados a terceiros e à coletividade.⁹

Por sua vez, Schünemann enuncia, como fórmula da equiparação material da omissão do garantidor à conduta ativa, o princípio do “domínio sobre o fundamento do resultado”, o qual se decompõe no domínio sobre o desamparo de um bem jurídico e no domínio sobre uma causa essencial do resultado. Para o autor, essa seria uma estrutura fundamental da autoria, adequada tanto para os delitos comissivos quanto para os omissivos impróprios.¹⁰

A figura da omissão imprópria encontra previsão no ordenamento pátrio no artigo 13, §2º do Código Penal, que define a omissão penalmente relevante e estabelece situações em que um indivíduo possui o dever de agir para evitar o resultado, atribuindo-lhe o papel de garantidor. Diz o dispositivo que é garantidor aquele que tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou

⁸ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289.

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 203-204.

¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 171-172.

vigilância, que tenha de outra forma assumido a responsabilidade de impedir o resultado, ou que tenha criado, com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado.

Em linhas gerais, a criação prévia do risco, chamada de ingerência, reside no domínio sobre uma fonte de risco e no poder de evitar que ela produza resultados lesivos a bens jurídicos. Este poder é erigido pelo legislador a um dever de agir, traduzindo uma noção de responsabilidade decorrente da criação de um risco desaprovado juridicamente ou da omissão de medidas que mantenham o risco dentro do patamar permitido. Vê-se, portanto, que o comportamento inicial de criação do perigo pode ser tanto ativo quanto passivo.¹¹

Existem atividades empresariais que são intrinsecamente perigosas, por envolverem objetos ou serviços que oferecem algum risco, e outras que não o são. Ainda assim, nessas últimas, a própria organização e gestão de tarefas será um fator de risco, pois os indivíduos que participam da estrutura hierárquica podem agir em descumprimento às normas de cuidado que regem qualquer atividade econômica.¹² Assim, é a criação do risco que fundamenta a posição de garantidor dos dirigentes, como previsto no artigo 13, §2º, “c” do Código Penal.

Partindo-se de tais premissas, averiguando-se a estrutura de uma determinada sociedade empresarial, é possível atribuir o papel de garantidor àqueles que possuam capacidade – estatutária e sobretudo fática – para atuar em nome da empresa perante terceiros e exercer os atos de gestão necessários à consecução de seu objeto social, aqui chamados de dirigentes, num sentido amplo.

Ao analisar as ações de pessoas naturais no ambiente empresarial, Schünemann estabelece ainda uma distinção entre o ato praticado no interesse da sociedade e o ato praticado em excesso, em interesse próprio ou de terceiros. Trata-se de diferenciação de suma importância, pois limita a responsabilidade omissiva imprópria ao ato praticado no interesse da sociedade, que se encontra no âmbito de vigilância em que se situam os deveres dos garantidores. A responsabilidade pelo ato praticado em excesso, por sua vez, não pode ser imputada a título de omissão imprópria, pois não poderia ser evitada por meio de uma medida de prevenção incluída no feixe de atribuições do garantidor.¹³

Contudo, a imputação penal nestes casos não pode se reduzir apenas a elementos objetivos, sob pena de autorizar uma responsabilização objetiva de qualquer indivíduo que detenha tais atributos. Ao se deparar com esta necessidade de restringir a noção de crime

¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 98.

¹² ESTELLITA, Heloísa, op. cit., p. 130.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. 2. ed., Buenos Aires: B de F, 2016, p. 105-106.

omissivo impróprio baseada na ingerência, Rudolphi defende que a ação precedente, que cria o risco, deve ser antijurídica.¹⁴ Roxin, por sua vez, propõe a sua subordinação aos critérios da imputação objetiva. Numa síntese da proposta do autor alemão, Juarez Tavares formula os seguintes enunciados:

[...] para que a atividade devida sirva ao projeto de comunicação em face da ingerência é indispensável que: a) a conduta do sujeito não esteja acobertada pelo risco permitido; b) que a conduta do sujeito não se inclua no risco habitual da vida; c) que o risco desencadeado pela ação precedente possa se exaurir no resultado; d) que o risco proibido seja objeto da norma; e) que a inatividade posterior não tenha sido objeto de uma avaliação exclusiva ou complementar por outra norma.¹⁵

Feitas essas considerações básicas acerca da posição de garantidor em virtude da ingerência, é possível compreender a sua aplicação a um dirigente de empresa, diante de crime praticado por um de seus membros contra terceiros. Dentre os partidários dessa teoria, pode-se discernir aqueles que consideram que o papel de garantidor do dirigente advém do seu controle sobre os subordinados, daqueles que situam sua origem no controle exercido sobre a empresa enquanto fonte de perigo.¹⁶

De acordo com a primeira corrente, o controle exercido sobre os subordinados revela o poder de alguns integrantes da sociedade de intervir no curso causal iniciado por outro membro da empresa, submetido às seus ordens e instruções por força da estrutura hierárquica, para evitar a possível prática de crimes. Nesse sentido, Schünemann destaca o poder diretivo ou de comando do superior sobre os empregados – ao lado do domínio fático sobre os objetos e procedimentos perigosos do estabelecimento – como origem desse dever especial de vigilância atribuído ao dirigente.

Esta concepção permite ao autor rebater o argumento da autorresponsabilidade do empregado, segundo o qual o dirigente não seria obrigado a impedir a prática de crimes por parte de terceiros autorresponsáveis. Isso porque qualquer aparência de autonomia do subordinado se enfraquece quando se compreende que o seu comportamento não é pautado em decisões pessoais, mas em regras daquela associação. É precisamente esse ponto que permite o afastamento da responsabilidade do superior quando a conduta do subordinado é praticada no seu próprio interesse, e não no interesse da empresa.¹⁷

¹⁴ RUDOLPHI apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Marcial Pons: Madrid, 2012, p. 335.

¹⁵ TAVARES, op. cit., p. 335-336.

¹⁶ ESTELLITA, op. cit., p. 108-109.

¹⁷ SCHÜNEMANN apud ESTELLITA, op. cit., p. 112.

Esse exercício de controle sobre os subordinados, contudo, enfrenta diversas críticas como fundamento da posição de garantidor, sobretudo nos casos em que, a despeito das orientações fornecidas, o empregado opta por contrariá-las ao praticar o fato punível. Ademais, afirma-se que a adoção desta teoria poderia conduzir à imputação por mera posição formal do dirigente, já que é inviável esperar que ele possa impedir, na prática, todos os comportamentos ilícitos dos seus subordinados, apenas em função da sua posição hierarquicamente superior.¹⁸

Em alternativa a essa proposição, diversos doutrinadores preferem considerar, como justificativa da atribuição do papel de garantidor ao dirigente, o controle exercido sobre a empresa. Nesse contexto, a sociedade empresarial é vista como fonte de perigo que pode vir a produzir danos a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade. Há, portanto, uma correspondência entre a liberdade de organização e de associação e o dever de manter a organização dentro dos limites do risco permitido.¹⁹ Tal pensamento se mostra mais consentâneo com a divisão de funções entre o dirigente e o *compliance officer*, que será explorada mais à frente.

Como já pontuado, muito se discute acerca da necessidade de que o comportamento antecedente, criador do risco, seja antijurídico, para levar ao surgimento da posição de garantidor. Para Luís Greco e Augusto Assis, “deveres de agir têm de ser fundamentados de uma perspectiva *ex ante*; não faz sentido esperar que um resultado ocorra para declarar o comportamento anteriormente realizado ilícito. Noutras palavras: sem desvalor do comportamento, não há desvalor de resultado”.²⁰

Por conseguinte, no aludido prisma *ex ante*, só se atribui a posição de garantidor ao dirigente que cria riscos não permitidos, por descumprir uma norma geral de cuidado durante o exercício do controle da empresa, sendo a sua simples criação, em princípio, um risco permitido,²¹ criado no âmbito da liberdade constitucional de associação.

Dito isso, é importante notar que não é apenas a ingerência que fundamenta a responsabilização ao longo da estrutura hierárquica da empresa. Na realidade, o fundamento legal para a atribuição do papel de garantidor ao dirigente de uma sociedade empresarial pode suceder de diversas situações.

¹⁸ EIDAM apud ESTELLITA, op. cit., p. 116.

¹⁹ FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidades de la empresa y de la división del trabajo. In: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Coord. Santiago Mir Puig, Diego Manuel Luzón Peña. Barcelona: Bosch, 1996, p. 116.

²⁰ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa*. Autoria como domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 112.

²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 158-159.

Para as empresas que desenvolvem atividades intrinsecamente perigosas, normalmente é o próprio legislador que regula os deveres de cuidado, atribuídos aos indivíduos que assumem de fato a vigilância dessas fontes de perigo. Como exemplos de perigo intrínseco de certas atividades empresariais, podem ser citados os riscos ambientais, riscos ao mercado de valores mobiliários e riscos à integridade dos trabalhadores. Nesses casos em que há um dever legal, a posição de garantidor é lastreada no artigo 13, §2º, “a” do Código Penal.

Os deveres de cuidado e vigilância podem ainda ser objeto de delegação, assumindo o delegado as tarefas e os chamados deveres de um garantidor derivado, agora com base no artigo 13, §2º, “b” do Código Penal.²² Contudo, isso não retira do delegante os deveres residuais, sobretudo relacionados à seleção, formação e capacitação do delegado e à supervisão de sua atuação.²³

Como resultado da delegação dos deveres intrínsecos à posição de garantidor, pode ser instituída na sociedade empresarial a figura do *compliance officer*, o que suscita novas questões acerca da responsabilidade criminal por omissão imprópria, como se verá a seguir.

3. A FIGURA DO *COMPLIANCE OFFICER* E SUA RELEVÂNCIA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

O *criminal compliance* nasce da transmissão às empresas das funções de prevenção de ilícitos, próprias do Estado, levando à implementação de medidas de autorregulação, formalizadas nos chamados *compliance programs*. Numa síntese dessas ideias, Silva Sánchez define *compliance* como autovigilância.²⁴ Legitimado por uma tendência de mercado que clama progressivamente pelo reconhecimento de uma ética corporativa universal e da responsabilidade social das empresas, trata-se de instrumental destinado a evitar riscos de responsabilização penal no seio empresarial.

Com efeito, os *compliance programs* não apenas funcionam como meio de externalização de uma política de boas práticas empresariais, mas também possuem a

²² MONTANER FERNÁNDEZ. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: a propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008, p. 94-95.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Empresa y delito en el Nuevo código penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 19-20.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79.

importante função de defesa da própria organização,²⁵ sobretudo num cenário, muitas vezes exacerbado, de expansão dos delitos omissivos e de políticas de combate à corrupção.

Não por outra razão, a crescente implementação de programas de *compliance* por empresas em todo o mundo gera profundos debates acerca da possibilidade de afastamento de punição, ou ao menos de atenuação da pena, caso se constate uma adequada adoção de medidas de prevenção, mormente em sistemas jurídicos que admitem amplamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Sob o ponto de vista de responsabilidade individual, que mais interessa à realidade brasileira, cresce na doutrina a percepção de que a existência de um *compliance program* adequado permitiria, em determinados casos, concluir pela ocorrência de causa de exclusão de tipicidade ou subsidiar a alegação de conduta meramente neutra.²⁶

Por outro lado, não se pode deixar de lado a indagação inversa, acerca das consequências do *non compliance*, quando verificada a ocorrência de determinada prática criminosa, que podem repercutir tanto na esfera da pessoa jurídica quanto na individual. A análise dessa última nos leva de volta à teoria da omissão imprópria.

A delegação de deveres de vigilância, originalmente titularizados pelos dirigentes da empresa, a um determinado grupo ou indivíduo, designado de *compliance officer*, pode originar as mais diversas configurações, diante da ausência de regulamentação geral sobre o assunto.

Nesse ponto, não se pode passar ao largo de referências legislativas importantes, como o artigo 10, inciso II, da Lei nº 9.613/1998, que prevê a adoção de políticas, procedimentos e controles internos que permitam à empresa atender aos deveres de comunicação de operações financeiras, ou ainda o artigo 9º, §2º da Lei nº 13.303/2016, que determina que a gestão de riscos seja alocada no âmbito da diretoria estatutária sob supervisão do diretor-presidente em empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Nesses casos, em que há disposição legal expressa acerca dos limites e do conteúdo dos deveres de vigilância assumidos pelo *compliance officer*, considera-se originária a sua posição de garantidor, restrita às fronteiras delineadas pelo legislador.

De igual maneira, os casos em que a função de vigilância for voluntariamente atribuída a dirigente da empresa não oferecerão maiores desafios, já que seus deveres de garantidor também são primários.

²⁵ SILVEIRA, op. cit., p. 239.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

Isso posto, salvo essas e outras hipóteses mais específicas, há um vasto espectro de tarefas delegáveis por parte de um ou mais dirigentes a outros indivíduos, o que repercute diretamente na análise da possibilidade de responsabilização do *compliance officer* a título de omissão imprópria, a qual só poderá ser realizada casuisticamente.

Constatada a dificuldade de generalização da matéria, é possível apresentar algumas condições para a atribuição do papel de garantidor ao *compliance officer*, quando tal função é exercida por um membro da empresa que não é dirigente, a quem os garantidores primários delegam certos deveres de vigilância.

Em primeiro lugar, é preciso identificar o objeto dessa delegação, que pode abranger apenas funções de vigilância ou incluir também poderes de intervenção direta para evitação do resultado, ainda que parciais.

Segundo Heloísa Estellita, quando a delegação for acompanhada dos poderes de intervenção direta para impedir o resultado, “a constituição de uma posição de garantidor por derivação não parece oferecer maiores dificuldades, limitando-se seu dever concreto de agir pela possibilidade jurídica que lhe é conferida na delegação”.²⁷

Nesses casos, o chamado “*job description*”, que deve constar expressamente do contrato de trabalho ou de outro documento, aliado a uma verificação empírica das tarefas efetivamente desempenhadas, orienta a delimitação do papel de garantidor por derivação de que se ocupa o membro da sociedade empresarial designado para tanto. De toda forma, não se pode olvidar que certos deveres remanescem nas mãos do delegante, dentre eles o de bem selecionar e capacitar o delegado, sob pena de ineficácia da delegação.²⁸

Contudo, a forma de delegação mais corriqueira, e também a que provoca maiores indagações, atribui ao *compliance officer* tarefas mais restritas, como implementação de um sistema de prevenção e detecção de irregularidades, treinamento de empregados, verificação do cumprimento de normas de conduta da sociedade, recebimento de denúncias de práticas ilícitas e transmissão de informações à administração da empresa, acompanhada ou não de sugestões de como proceder; ao passo que os dirigentes retêm o poder disciplinar sobre os membros da empresa, cabendo a eles intervir diretamente para evitar o resultado lesivo. Desse formato de delegação, pode suceder uma cadeia de imputação, em que cada garantidor responderá pela

²⁷ ESTELLITA, Heloísa, op. cit., p. 218.

²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial del cumplimiento). In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detención y reacción penal. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 310.

omissão de seus respectivos deveres de vigilância, caso se identifique a relação causal de cada um deles com o resultado delituoso.

Um bom começo na busca de uma resposta à questão parece residir na dicotomia dos fundamentos de atribuição do papel de garantidor, já avultada no presente trabalho. Ao se considerar o poder de comando exercido sobre os subordinados como tal fundamento, descarta-se a possibilidade de responsabilização do *compliance officer* no quadro analisado, já que lhe falta a atribuição – preservada pelos dirigentes – para intervir diretamente de modo a evitar práticas ilícitas.

De outro lado, se o fundamento dos deveres de garantia é o controle sobre a empresa como fonte de perigo, entende-se que o poder de transmissão de informação de que se incumbem o *compliance officer* constitui etapa primordial e indissociável do poder de intervenção do garantidor primário. Deveras, um dirigente somente atuará no sentido de intervir para evitar resultados lesivos, e assim controlar a fonte de perigo empresa, se antes receber informações do *compliance officer* nesse sentido, o que provê incontestável coerência a esse posicionamento.

Tamanha é a importância do poder de controle sobre a informação, que levou Robles Planas a conceber a possibilidade de autoria mediata do *compliance officer* por omissão imprópria, valendo-se do dirigente como instrumento para a produção do resultado lesivo, vez que submetido à sua decisão de transmitir ou não informações relevantes.²⁹

Por fim, é preciso lembrar que a conclusão acerca da detenção ou não do papel de garantidor por parte de um indivíduo não basta para a sua responsabilização por omissão imprópria, seja ele dirigente e garantidor primário, seja ele *compliance officer* e – a depender da situação e da corrente teórica adotada – garantidor secundário.

Será necessário ainda perquirir outras dimensões, conceituais e fáticas, do fenômeno do crime omissivo impróprio, que perpassam a análise da evitabilidade do resultado lesivo por parte dos dirigentes caso a informação lhes houvesse sido repassada e das limitações à possibilidade jurídica de agir para evitar tal resultado, que no caso do *compliance officer* são restritas à comunicação de suspeitas acerca da existência de situações de perigo.

Enfim, ultrapassados os critérios de atribuição de deveres de vigilância ao *compliance officer*, é de se atentar para essa figura enquanto realidade inexorável no cenário mundial, embora incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, e que se destaca como recurso apto a conferir maior segurança em relação ao papel de garantidor desempenhado por cada membro de uma sociedade empresarial, se devidamente implementada.

²⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *El responsable del cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 328.

Por outro lado, ao confrontar esses novos institutos com as premissas clássicas do Direito Penal, não se pode deixar de notar que simbolizam uma falência estatal na identificação e investigação da prática de crimes. A bem da verdade, trata-se de uma nova manifestação da já não tão nova tendência de expansão do Direito Penal, mencionada no início desse estudo, que sempre acaba por suscitar graves questões de legitimidade.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou contextualizar a problemática da responsabilização penal na criminalidade de empresa, apontando os principais aspectos e peculiaridades que dificultam a identificação da autoria e a atribuição adequada de responsabilidade aos indivíduos que praticam crimes por meio de sociedades empresariais.

Feita essa exposição inicial, é possível compreender a origem de tantas teorias e critérios para orientar a imputação de crimes empresariais a determinados membros dessas associações, de modo a superar os desafios oferecidos pela estrutura hierárquica e segmentada que lhes é característica. Não raro, tais critérios são reproduzidos de maneira inadequada, como fórmulas de ampliação de autoria, distanciando-se de sua origem doutrinária.

Nesse cenário, a teoria da omissão imprópria é uma das mais debatidas pela doutrina, sobretudo estrangeira, pois oferece mecanismos satisfatórios de identificação de todos os personagens atuantes numa determinada conduta criminosa praticada no âmbito de uma sociedade empresarial.

Embora compreendida como uma proposição neutra sob o ponto de vista acadêmico, pode ser analisada em suas diversas facetas, numa perspectiva de estratégia processual. Se, por um lado, permite uma expansão dos sujeitos de uma imputação, para além dos autores que praticam a ação comissiva, por outro lado restringe a tendência atual de busca irrefreada de “alvos” de uma persecução penal, sobretudo de classes mais favorecidas, para satisfação dos anseios de combate à impunidade que, há não muito tempo, reinava para estas camadas sociais. Contra tais propósitos punitivistas, torna-se fundamental aprofundar o estudo da matéria, para se combater a utilização de uma presunção do dever de garantia como instrumento de superação das dificuldades probatórias da participação efetiva dos membros da empresa que ocupam as categorias mais altas.

Nesse ponto, é de se ressaltar que a própria teoria em questão se apresenta como instrumento fundamental de concretização da demanda por um sistema penal mais igualitário, que alcance não apenas os executores de uma determinada conduta, mas também, e

principalmente, os indivíduos que detém o poder de ordenar ou autorizar a prática dessa conduta, situados em posições mais elevadas da hierarquia, que outrora eram resguardados, fosse em razão de uma estranheza inicial acerca do funcionamento destas estruturas e da criminalidade empresarial como um todo, fosse devido à inexistência de uma vontade política de puni-los.

Apesar de ter sido objeto de maiores estudos em países como Espanha e Alemanha, a teoria da omissão imprópria encontra fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo a sua aplicação à realidade empresarial sem necessidade inovação legislativa, o que também justifica a relevância da sua análise pela doutrina brasileira, que tem se debruçado gradativamente sobre essa temática.

De outro giro, com a crescente adoção de programas de *compliance* por empresas brasileiras, sobretudo as grandes empresas que buscam manter a competitividade a nível mundial, abre-se um novo leque de deveres e responsabilidades dos membros destas empresas, muito mais específicos e delineados. Embora considerado uma ferramenta atrativa de externalização de boas práticas corporativas, há que se ter cautela com a sua aplicação, que pode ocasionar efeitos opostos aos pretendidos, ampliando a cadeia de imputação e sujeitando maior número de indivíduos à possibilidade de responsabilização penal.

A análise do *compliance* sob uma ótica mais abrangente, à luz dos institutos do Direito Penal, permite interpretá-lo como sintoma da incapacidade do Estado em identificar e investigar a prática de crimes, delegando tais tarefas a particulares. Inafastáveis, nesse cenário, todos os questionamentos e críticas acerca de sua legitimidade enquanto nova forma de manifestação do expansionismo do Direito Penal, sendo esse um fenômeno que, diante de um passado autoritário não muito distante e talvez cada vez mais próximo, desperta necessárias preocupações.

Como decorrência dessa nova tendência mundial, que rapidamente se instaura no Brasil, novos desafios serão enfrentados pelos estudiosos e aplicadores do Direito Penal, diante dos quais a teoria da omissão imprópria certamente se mostrará como um instrumento valioso de compreensão da dinâmica empresarial orientada por programas de *compliance* e das consequências do seu descumprimento.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

EIDAM apud ESTELLITA, Heloísa. *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.

ESTELLITA, Heloísa. *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.

FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidades de la empresa y de la división del trabajo. In: PUIG, Santiago Mir (Coord.), PEÑA, Diego Manuel Luzón (Coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa*. Autoria como domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial del cumplimiento). In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detención y reacción penal. Buenos Aires: BdeF, 2014.

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

ROBLES PLANAS, Ricardo. *El responsable del cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2013.

ROTSCH apud ESTELLITA, Heloísa. *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.

RUDOLPHI apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Marcial Pons: Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Empresa y delito en el Nuevo código penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. 2. ed., Buenos Aires: B de F, 2016.

_____. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Espanha, tomo 41, nº 2, p. 529-558, 1988. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.