

## Impactos dos programas de *compliance* na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária

Bruna Perasoli Trade<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. Governança corporativa e *Compliance*. 1.1 conceito, origem histórica e finalidades dos programas de *compliance*. 1.2. Origem do fenômeno da autorregulação preventiva e a influência das normas supranacionais. 2. Parâmetros relacionados ao Poder de Punir do Estado. 2.1. Direito Penal Clássico e a Imputação Delitiva. 2.1.1. A (moderna) teoria da imputação objetiva. 2.1.2. A relevância da Teoria do Domínio do Fato. 2.2. Movimentos Teóricos do Direito Penal Moderno. 2.1. Abolicionismo. 2.2. Minimalismo. 2.3. Garantismo. 3. Mecanismos de imputação de delitos cometidos no âmbito empresarial. 3.1. Impactos pelo Descumprimento dos Programas de *Compliance*. 3.2. Responsabilidade dos dirigentes na qualidade de garante (“*compliance officer*”). 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Este artigo aborda os limites do poder de punir do Estado e a influência da autorregulação, de acordo com as modificações político-social na esfera do Direito Penal. Dentre os temas debatidos, temos o surgimento do *compliance* em termos de sociedade e aspectos legislativos, o desenvolvimento de teorias – clássicas e modernas – que visam consolidar aspectos relevantes dentro do conceito de imputação criminal, seus agentes e ações quando envolvem domínio e controle. Por fim, o tema alude sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes quando na qualidade de dirigentes de sociedades empresárias.

**Palavras-chave:** *Compliance*. Direito Penal Moderno. Responsabilidade da Pessoa Jurídica. Responsabilidade individual. Dirigente.

**Abstract:** *This article addresses the limits of the State's power to punish and the influence of self-regulation, according to the political and social changes in the sphere of Criminal Law.*

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. LL.M. 2014<sup>7</sup> pela *Boston College Law School* com ênfase em *Business and Corporate Law*. MBA 2017<sup>7</sup> em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Pós-graduada 2021<sup>7</sup> em Direito Público pelo Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro – ISMP.

*Among the topics discussed, we have the emergence of compliance in terms of society and legislative aspects, the development of theories - classic and modern - that aim to consolidate relevant aspects within the concept of criminal imputation, its agents and actions when they involve dominance and control. Finally, the theme alludes to the possibility of accountability for agents when they are managers of business companies.*

**Keywords:** Compliance. Programs. Business. Criminal Compliance.

---

## 1. Introdução

O trabalho visa, num primeiro momento, situar o leitor quanto aos reflexos dos regramentos adotados nos ambientes empresariais – os chamados programas de *compliance*, o qual possui o intuito de consolidar a cultura da empresa e definir os limites tolerados dentro daquele grupo profissional.

No segundo momento, iremos analisar como estes programas são estruturados, quais as ferramentas são utilizadas para obter eficácia da aplicação destes conjuntos de regulação e quais seus efeitos internos e externos, tanto em relação às próprias pessoas jurídicas envolvidas quanto aos dirigentes envolvidos nas práticas consideradas contrárias aos programas.

Posteriormente, necessária a análise destes tão inovadores programas sob a perspectiva do Direito Penal Moderno, uma vez que estes regramentos fazem previsão e aplicação de sanções como métodos coercitivos face ao descumprimento das regras dos referidos programas, bem como os efeitos externos que recaem, inclusive, sobre a figura individual dos dirigentes.

Na sequência, serão analisados os mecanismos que envolvem as empresas e como configura a responsabilização dos agentes à frente da gestão da pessoa jurídica, a configuração de seus atos de gestão, e principalmente suas falhas – sejam estas intencionais, ou não – e quais as consequências destes atos para o ordenamento jurídico vigente, em especial no que tange a esfera do Direito Penal.

Lembrando que todo o estudo apresentado foi regido pela investigação dos institutos relativos ao conteúdo, o que foi realizado através da metodologia de pesquisa bibliográfica com a utilização de artigos, livros de doutrina e jurisprudência, com intuito de embasar toda a fundamentação teórica, consubstanciando o raciocínio apresentado neste trabalho.

## 2. Governança corporativa e *compliance*.

### 2.1 Conceito geral do termo *compliance*

Discussões sobre a legitimidade e a necessidade de intervenção penal do domínio econômico encontram-se num momento particularmente sensível. A referência à crise financeira de 2008 tem suscitado respostas absolutamente díspares e contraditórias<sup>1</sup>, que vão do discurso de resistência, contrário à intervenção penal econômica, ao moderno conceito de crime econômico de caráter político, que afirma haver uma delinquência que não apenas se conecta com o poder econômico, mas que é verdadeiramente tolerada pelo Estado pelas conexões políticas que possui.<sup>2</sup>

Nessa quadra a empresa se torna o pano de fundo da afetação de bens jurídicos transindividuais e os proprietários, muitas das vezes, não tem qualquer controle sobre os comportamentos delituosos que no seu âmbito se desenvolvem, que se consolidam por meio dos resultados indesejados das políticas econômicas neoliberais e da desregulação das quais decorreram os escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar.

Nesta perspectiva, surge o modelo que se convencionou denominar de *autorregulação regulada* consubstanciada nas orientações de *corporate governance* e de *compliance*<sup>3</sup>, onde se buscou instituir uma governança corporativa de sorte a proteger sócios e a própria coletividade frente a possibilidade de desvios na condução da empresa.

A escolha da terminologia *compliance*, a qual deu origem aos ditos programas provém do verbo em inglês “*to comply*” que significa “condescender, aquiescer, aceder, concordar, consentir, ceder; cumprir, satisfazer, corresponder a obedecer, estar de acordo”<sup>4</sup>, seja agir de acordo com um comando, seja este estabelecido por lei, instrução interna ou conduta ética.

Contudo, não se pode resumir o sentido do que vem a ser esta prática apenas ao seu sentido literal, considerando sua amplitude como método sistêmico que funciona como instrumento de mitigação de riscos, preservação de valores éticos e de sustentabilidade

<sup>1</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 11.

<sup>2</sup> Idem, p. 12.

<sup>3</sup> Idem, p. 45.

<sup>4</sup> *COMPLY*. In: **MICHAELIS** Moderno Dicionário da língua inglesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/comply/>>. Acesso em 18 de dezembro de 2020.

corporativa, assegurando a continuidade do negócio e os interesses das pessoas coligadas ao sistema corporativo. Nesse sentido, ilustra de Rodrigo de Pinho Bertocelli que se trata de

sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.<sup>5</sup>

Consoante aos aspectos acima mencionados, esta ferramenta também é entendida como um sistema interno muito chamado por “programa de integridade”<sup>6</sup> (sendo a referência “programa de *compliance*” mais utilizada no âmbito empresarial), tem por finalidade prevenir, detectar e corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.

Contudo, apesar desta ser uma conceituação objetiva, o dinamismo desta temática perfaz a dificuldade de compreender o real significado desta prática. Isto ocorre por se tratar de um conceito relativamente novo no Brasil que gerou largas discussões e respectivas adaptações aos padrões sociais, jurídicos e culturais. Logo, visando determinar quais seriam as propriedades *suficientes e necessárias*<sup>7</sup> deste termo, o sistema empresarial brasileiro adota como referência apenas a compreensão de “estar de acordo com”.

E, apesar de se notar a dupla aplicação do termo *compliance* (seja como processo, em que se compreende por atividades, modelos, caminhos a serem adotados pela pessoa jurídica; e como produto, a palavra se refere aos resultados das tais atividades), aqui iremos concentrar o estudo nos aspectos desta prática como processo, por notoriamente ser o que mais implica dentro do cenário empresarial, bem como abordar seus respectivos reflexos no âmbito jurídico.

## 2.2 Origem do fenômeno da autorregulação preventiva e a influência das normas supranacionais

Numa visão ampliada, uma série de iniciativas de governos e organismos internacionais, com vistas ao estabelecimento de um conjunto de ações a serem adotadas na linha da

<sup>5</sup> CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de Compliance**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 39-55.

<sup>6</sup> A Lei nº. 12.846/2013 preferiu o termo “integridade”, mas já a Lei nº. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias utilizou o termo *compliance* mais utilizado pelos profissionais que atual na área.

<sup>7</sup> HEGENBERG, Leonidas. **Definições – termos teóricos e significados**. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 42. In: Op. cit., item 6. p. 62.

constituição de um alicerce de princípios e regras às entidades públicas e privadas, visando o controle preventivo de atos ilícitos (basicamente: a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro, as fraudes financeiras, o financiamento ao terrorismo e a corrupção, as quais geram um nível de interferência altíssimo no contexto socioeconômico e financeiro), praticados no fluxo de algumas atividades econômicas e financeiras nacionais e internacionais<sup>8</sup>.

Diante do alastrar destes fenômenos ilícitos e seus rebotes negativos em diversas esferas sociais, podemos indicar como marco temporal mais distante o período que sucedeu a dois acontecimentos mundiais críticos: a crise econômica de 1929 e a Segunda Guerra Mundial.<sup>9</sup>

Retroagindo à década de 1950, se faz possível notar oficialmente a preocupação com atividades desempenhadas à margem dos controles oficiais e contrárias às leis vigentes, que uma vez criminalizadas ensejaram práticas clandestinas e mais organizadas, sendo o exemplo mais marcante a repressão ao comércio de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, logo revelando o quanto tal criminalidade organizada era capaz de desenvolver uma atividade econômica tão rentável quanto marginal, retroalimentando o poderio econômico e até político daquilo que se denominou uma “delinquência organizada”, se valendo exatamente da corrupção, da sonegação fiscal e da lavagem de dinheiro.<sup>10</sup>

Como tentativa de coerção, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) preconizou a necessidade de a realização periódica (a cada cinco anos) de um Congresso Internacional de Prevenção ao Crime e Punição de Criminosos, mas que acabou esvaziada na sua efetivação prática, haja vista os obstáculos necessários para atingir a cooperação internacional entre Estados, neste ato impossibilitada em razão do fenômeno da denominada Guerra Fria que cindiu tantas nações.

Neste viés, surge a primitiva ideia de *compliance*, por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da *Prudential Securities* (1950), e por meio da regulação da *Securities Exchange Commission – SEC* (1960), onde se enfatizou a necessidade de institucionalizar os programas com foco de governança preventiva, intentando o controle e monitoramento interno de diversas operações.

---

<sup>8</sup> GOMES, Abel Fernandes. **Responsabilidade penal pela omissão de *compliance***. Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://www.cpj.m.uerj.br/wp-content/uploads/2020/06/RESPONSABILIDADE-PENAL-PELA-OMISSÃO-DE-COMPLIANCE.pdf>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Op. cit., item 9.

Apesar destes primeiros diplomas regulamentares, nos Estados Unidos acontece o “Caso Watergate”, escândalo político que ocorreu em 1974, o qual ficou conhecido pela apuração de violação e espionagem no comitê do Partido Democrata, desmascarando a existência de um financiamento ilegal para a campanha do presidente Nixon, envolvendo um esquema de propinas pagas por empresas americanas a governos estrangeiros<sup>11</sup>, as autoridades americanas e empresas privadas.

Diante do alvoroço político, as autoridades legislativas engrenaram no movimento para determinar limites à corrupção nas relações entre empresas nacionais e funcionários de governos estrangeiros com os quais eram mantidas relações empresariais.

Isto posto, em 1977 ainda nos Estados Unidos, criou-se a Lei Contra Práticas Corruptas Internacionais (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*)<sup>12</sup> a qual tem por base estrutural a *interferência preventiva e repressiva* na fonte do pagamento, o denominado “cliente”, levando em conta o modelo proposto por Klitgaard<sup>13</sup> o qual entende como figuras de atuação (i) o outorgante, (ii) o agente e (iii) o cliente, sendo o primeiro o agente oficial da Administração Pública (aquele que é o destinatário do suborno: o corrupto); o segundo o intermediário (que faz a ponte: lobista, advogado, despachante etc.); e o terceiro é o sujeito do setor privado que paga o suborno (corruptor).

No mesmo momento, exatamente em 09 de dezembro de 1977, se registra na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação dos Bancos Suíços, instituindo como base o sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções – como por exemplo, multas e outras penalidades.<sup>14</sup>

Em consonância, ainda durante da década de 1970, nos Estados Unidos advém o fenômeno da lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilícito de drogas, resultando na elaboração da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, realizada em dezembro de 1988 na Áustria, que juntamente com o *Money Laundering Control Act*, legislação elaborada em 1986

<sup>11</sup> GLYN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moisés. **Globalização da corrupção, a economia política da corrupção**. Brasília: UNB, 2002. p. 74.

<sup>12</sup> Diretriz do Estatuto em sua íntegra acessível por meio do site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em 09 de dezembro de 2020.

<sup>13</sup> KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 83.

<sup>14</sup> Op. cit., item 6.

nos Estados Unidos, a qual se tornou o principal instrumento originário e disciplinador das regras de controle dessa atividade<sup>15</sup>

Muitos outros atos foram deliberados até o final do século XX e início do século XXI, momento pelo qual finalmente são fixadas regulamentações preventivas no âmbito internacional, quais sejam: Convenção Interamericana contra a Corrupção (de Caracas de 1996), a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (de Paris de 1997), a Convenção de Palermo Contra o Crime Organizado (2000/2004) e a Convenção de Mérida Contra a Corrupção (2003/2006), instrumentos nos quais se passou a prever uma série de regras de conformidade ou *compliance*.

No Brasil o implemento se dá por meio do advento da Lei nº. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que traz o conceito prático de política de prevenção e controle de atos ilícitos envolvendo a organização criminosa, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou “ocultação” de bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente da prática de infrações penais.

Face à intensificação da globalização na economia e nas relações sociais no século passado, implicações transacionais da corrupção e constatação de leis internas tradicionais quase sempre fracassaram como resposta às práticas corruptas que ocorreram no mundo, obrigando o tema corrupção a ser prioridade na agenda de discussão da comunidade internacional, demandando no desenvolvimento dos mecanismos de prevenção e punição dos atos lesivos à administração pública.<sup>16</sup>

Assim, o tema corrupção movimentou ferozmente o cenário nacional e internacional, sendo possível elencar como importantes diplomas no Brasil as três Convenções abaixo:

- a) Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmada pelo Brasil e, Paris no dia 17 de dezembro de 1997; e ratificada por meio do Decreto Legislativo nº. 125/00, e promulgada pelo Decreto nº. 3.678/00;<sup>17</sup>
- b) Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada por meio do Decreto Legislativo nº. 152/02 e promulgada pelo Decreto nº. 4.410/02;

<sup>15</sup> Op. cit., item 9.

<sup>16</sup> CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renée do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 22.

<sup>17</sup> No Brasil, no cumprimento das obrigações assumidas nessa Convenção, alterou o Código Penal, por meio da Lei nº. 10.476/01, criando tipos incriminadores e tráfico de influência em transação comercial internacional (arts. 337-B e 337-C).

- c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da Organização da Nações Unidas (ONU), assinada no México e ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 5.687/06.

Posteriormente, com a vinda da edição da Lei nº. 12.846 em 2013 (Lei Anticorrupção), o *compliance* foi novamente invocado, agora como fator capaz de influir positivamente na aplicação das sanções às pessoas jurídicas que tenham estabelecido mecanismos para tais procedimentos internos de conformidade e integridade (art. 7º, inciso VIII), como auditorias, incentivos a denúncias de fatos ilícitos (*hot line*) e códigos de ética, cabendo ao Poder Executivo editar o regulamento próprio para avaliação de tais mecanismos (art. 7º, parágrafo único).

Pois bem, considerando que o *compliance* se constitui por meio de políticas, ações e procedimentos de controle aptos a fazer cumprir normas legais e regulamentares a uma determinada área de atividade econômica ou financeira, devemos explorar de quais formas estes programas funcionalizam as máquinas empresariais.

Os métodos que viabilizaram a adesão e execução dos referidos programas foram motivados pelo gerenciamento de sistemas internos, tomando por base a ideia de ser mais fácil prevenir a corrupção partindo do controle no setor privado, do que modificar a malha legislativa de alguns países, motivando assim o estabelecimento de normas rígidas de cumprimento de certas obrigações por parte das empresas, as quais preconizam a análise cuidadosa de riscos operacionais, prevenção de ilícitos e outros atos que possam resvalar na responsabilidade de pessoas jurídicas, incluindo as pessoas pertencentes a cada estrutura empresarial que se submeteu à normativa de um programas de integridade.

### 3. Parâmetros relacionados ao poder de punir do estado

Após consolidados os principais referenciais dos programas de *compliance*, respeitável se faz compreender a esfera do direito penal, explorando um pouco da evolução do conceito dentro do direito penal e seu poder punitivo perante a sociedade, o qual por muitas décadas foi regido apenas pelas escolas clássicas e, atualmente, se percebe um movimento conjugado com o direito penal moderno. E é por meio desta união de conceitos que encontramos a coerência dentro das regências que entrelaçam o direito penal e o ambiente empresarial em suas respectivas dinâmicas de funcionamento.

Partiremos pela elucidação de duas teorias que desenvolvem a ocorrência de condutas ilícitas e a atuação de seus respectivos agentes relacionadas aos conceitos clássicos: (i) a *teoria da imputação objetiva*, e (ii) a *teoria do domínio do fato*.

Em seguida, o debate versa sobre a concepção trazida pelo direito penal moderno no que tange à atribuição de responsabilidade individual e coletiva, em especial, dentro do ramo do direito empresarial para melhor compreender as diretrizes que norteiam o exercício dos programas de integridade nos âmbitos empresariais.

### 3.1 Direito penal clássico e a imputação delitiva

#### 3.1.1 A (moderna) teoria da imputação objetiva

Em tempos atuais, sabe-se que ao Estado é rogada a posição de punir, assim como dizia o filósofo Rousseau que, quando firmado um contrato social, “todo malfeitor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria”<sup>18</sup>; já Santin que “todo o sistema montado pelo Estado, no sentido de punir seus componentes, deve observar a busca do equilíbrio social entre os mesmos”<sup>19</sup>.

A temática é enfatizada pela tese desenvolvida por Roxin na década de 1970<sup>20</sup> chamada de “*teoria moderna da imputação objetiva*”, sendo atribuída a qualidade de “moderna” por ter sido antecedida por outras teses, as quais foram apresentadas na primeira metade do século XX, cuja finalidade também se firmava em delimitar critérios valorativos para determinar se um evento causal deve ser imputado ao agente.<sup>21</sup>

Como exemplos de teorias precedentes, desenvolvidas no início do século XX, com intuito de conceituar a imputação no âmbito do direito, destaca-se a tese formulada por Karl Larenz em 1927, denominada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”<sup>22</sup>, a qual tinha o critério de imputação desenvolvido por meio do conceito hegeliano<sup>23</sup> (considerando o verdadeiro antecessor da teoria da imputação objetiva atual<sup>24</sup>) definido como o juízo pelo qual um determinado acontecimento pode ser descrito como uma ação, uma vez

<sup>18</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 60.

<sup>19</sup> SANTIN, Miguel Ângelo. **O Estado e o direito de punir**. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

<sup>20</sup> GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122-129.

<sup>21</sup> GRECO, Luís. **A teoria da imputação objetiva: uma introdução**. In: *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. ed. 3a. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

<sup>22</sup> Op. cit., item 21, p. 15.

<sup>23</sup> Op. cit., item 22, p. 15-16.

<sup>24</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso De Direito Penal: Parte Geral**. ed. 2a. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 214.

que é compreendida não só como uma soma de causas e efeitos, mas um todo dirigido pela vontade.<sup>25</sup>

Em semelhante caminho, o polonês Richard Honig, em artigo publicado em 1930 transportou uma ideia diferenciada para o Direito Penal daquela trabalhada por Larenz. Assim, segundo o sustentado por Honig, para que determinado nexo causal seja relevante para o direito, faz-se necessário não apenas uma mera relação fortuita entre a ação e o resultado, mas uma relação jurídica especial<sup>26</sup>, um nexo normativo, somente interessando ao direito penal as ações típicas derivadas da vontade humana.<sup>27</sup>

Logo, a ação humana consiste em uma exteriorização final de sua vontade, pela qual o ser humano intervém na natureza<sup>28</sup>. Portanto, o juízo de imputação depende da antecedente atuação teleológica da vontade humana<sup>29</sup> sendo a possibilidade objetiva de pretender um curso causal danoso o critério de distinção entre os acontecimentos imprevisíveis daqueles decorrentes da direção objetiva da vontade<sup>30</sup>.

As formulações teóricas reconhecidamente preocupadas com o problema da imputação voltaram a tomar força na dogmática penal com a publicação do artigo “Reflexões sobre a problemática da imputação objetiva em direito penal” de Roxin, em 1970.<sup>31</sup> A “moderna” teoria desenvolvida por Roxin (ou a evolução da anteriormente encontrada em Honig e Larenz) neste momento

se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo (...). Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> LARRAURI, Elena. **Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva**. In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998. p. 736.

<sup>26</sup> Idem, p. 738.

<sup>27</sup> SANCINETTI, Marcelo A. **Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In: *Teorias Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 186.

<sup>28</sup> Op. cit. item 22, p. 21.

<sup>29</sup> Op. cit., item 26.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. **Problemas basicos del derecho penal**. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976. p. 130-131.

<sup>31</sup> A primeira menção de Claus Roxin a respeito da Teoria da Imputação Objetiva foi em um artigo de 1970, intitulado “*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*”, o qual fazia parte de um livro dedicado a HONIG, “*Festschrift für Richard Honig*”, publicado em Göttingen. A tradução foi feita por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet na obra “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, publicada em Lisboa em 1993.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-126.

Neste ato, Roxin priorizou em seu estudo uma face da teoria geral da imputação, completamente desprovida do dogma causal<sup>33</sup>. A essência de sua construção teve como base a doutrina elaborada por Honig para o qual o centro da teoria da ação é transportado de uma esfera ontológica para a esfera normativa, na medida em que a questão jurídica fundamental deixa de ser a verificação a respeito de se determinada conduta pode ser qualificada como ação humana, estruturando tal teoria por meio de critérios normativos baseados no princípio do risco.<sup>34</sup>

Entrelaçando a concepção e Roxin com os tempos atuais, entendemos que apesar de nem todas as condutas serem passíveis de proteção por não estarem elencadas dentro do rol do direito penal, àquelas as quais se compreendem como nocivas à dinâmica social devem ser observadas e reprimidas de alguma forma. Esta concepção é mais trabalhada por meio dos conceitos que permeiam o entendimento do direito penal econômico, que na visão de João Marcello de Araújo Junior é apresentado

tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.<sup>35</sup>

Portanto, primordial o protecionismo econômico, o qual apesar de não se ater a condutas específicas, foca no combate à atos nocivos à saúde empresarial, que detém a capacidade de desordenar a atuação tanto no âmbito público quanto privado. E, é por meio desta construção ideológica que se começa a engajar a necessidade da criação de programas de integridade, como ferramenta de prevenção aos crimes econômicos.

### 3.1.2 A relevância da teoria do domínio do fato

Além dos critérios de imputação de ato ilícito, importante destacar a íntima ligação destas teses à doutrina de Hans Welzel quando combinada com os programas de *compliance*, na busca de definir a figura de autor e partícipe durante a prática delituosa.

Conforme dita o pensamento penal do séc. XX, a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, pois quando entra efetivamente em ação, em geral chega

---

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**. In: Problemas fundamentais de direito penal. ed. 2a. Lisboa: Vega, 1993. p. 145-168.

<sup>34</sup> Op. cit., item 38, p. 148.

<sup>35</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **O direito penal econômico**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n°. 25, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999. p. 150.

demasiadamente tarde. Em verdade, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo: ao proibir e punir a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela-se a disposição da vigência inquebrantável daqueles valores, dando forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo a consciência de permanente fidelidade jurídica<sup>36</sup>.

Em 1939, Hans Welzel emana a ideia da teoria do domínio do fato, sendo a mesma aprimorada por Roxin em 1963, fundamentando-se na teoria restritiva da realização da conduta típica, assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado.

O ponto inicial de Roxin na elaboração de sua teoria foi a peculiar abstração e a impalpabilidade da concepção welzeliana, que o levaram a repulsar a ideia de domínio do fato finalista. Inclusive, Roxin foi categórico ao esclarecer que (i) Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”; e (ii) que a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em suas expressões individuais” não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato.<sup>37</sup>

Neste diapasão, esta teoria se consolida por meio de uma base teórica restritiva, que conceitua o autor e o partícipe no concurso de pessoas: determina que o autor é quem realiza a conduta típica expressa no verbo (atuação direta), sendo ele o executor material do fato; e o partícipe é quem participa de forma acessória (“auxiliar”) na realização do fato. Por este motivo, a figura do partícipe invariavelmente não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime, é o mero colaborador.

Para tanto, a teoria restritiva subdivide-se em: (i) *teoria objetivo-formal* e (ii) *teoria objetivo-material*, para decifrar a comportamentos dos sujeitos, que de forma diversa, são considerados autores. Sendo assim, brevemente temos que:

- (i). Na *teoria objetivo-formal* diferencia autoria da participação na hipótese em que o sujeito realizar uma ação ou omissão que não se enquadrar no verbo central, concorrendo para o crime mediante induzimento, instigação ou auxílio;

<sup>36</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª ed. Trad. por Bustos Ramírez e Yáñez Pérez, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5. In: GUEIROS, Arthur. Valores ético-sociais e os programas de compliance. Coordenador Acadêmico do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM) de 10/09/2020. Disponível em: <<http://www.cpj.m.uerj.br/texto-blog-valores-etico-sociais-e-os-programas-de-compliance/>>. Acesso em 15 de janeiro de 2021.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. *Täterscha und Tatherrscha*. 6. Aufl, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 112. In: ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS, v.25, n.2, 2014. p. 15-33.

(ii). Já na *teoria objetivo-material*, prefere por distinguir o autor de participe pela maior contribuição do primeiro na causa do resultado;

Por melhor que sejam estas classificações, estas teorias não resolvem problemas como o da autoria mediata – figura principal na caracterização do agente no descumprimento dos programas de *compliance*. Aqui, o autor mediato é o sujeito que utiliza de outrem para cometer o delito, prática muito comum nos casos em que se apresentam autores materiais e intelectuais de crimes, como os chefes de organizações criminosas que diretamente não praticam o verbo do tipo, mas detém o controle das operações tendo em vista suas posições administrativas dentro dos ambientes empresariais.

Diante destas qualidades, o estudo da teoria Roxiniana do domínio do fato traz preciosa contribuição para a compreensão e sistematização das diversas formas de cometimento de delitos em que estejam envolvidas uma ou mais pessoas, delimitando, principalmente, o contexto do domínio da vontade por meio denominados “aparatos organizados de poder” (ou “domínio por organização”). Inicialmente esta categoria foi desenvolvida como uma forma independente de autoria mediata, ao lado do domínio da vontade por erro e por coação, e posteriormente adicionada à peculiaridade do domínio por organização, onde o executor direto é considerado plenamente responsável.

Considerando este desenvolvimento, Roxin demonstra que há três maneiras de dominar o fato típico, quais sejam: (i) *domínio do fato pelo domínio da ação*; (ii) *domínio do fato pelo domínio da vontade*; e (iii) *domínio funcional do fato*. Essas três maneiras de dominar o acontecer típico instituem as categorias da autoria direta/imediata, da autoria indireta/mediata e da coautoria, respectivamente. Contudo, para o estudo em questão, nos interessa enfatizar a forma de autoria mediata, pertinente ao comando da vontade em virtude do domínio de um aparato organizado de poder.

Apesar das inúmeras divergências doutrinárias sobre a autoria mediata, na tentativa de clarear a questão, aborda Roxin que

a solução da coautoria que JAKOBS propugna, descansa em uma consideração mais normativa do domínio do fato. O entende como responsabilidade jurídica, não como domínio real. Para ele, a autoria mediata pressupõe que quem atua diretamente, haja de acordo com o Direito, a saber, que juridicamente não se o/a responsável, ou não completamente responsável. Pois se era completamente responsável, então, segundo este entendimento, não poderia ser um instrumento.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. *Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada*. Revista Penal, n. 2, p. 61-65, jul. 1998. p. 63.

Assim sendo, fica nítido que Roxin enfrenta a questão trazendo como solução a ideia de que na coautoria há uma tomada de decisão conjunta para o fato, ou seja, um acordo entre coautores que não possuem hierarquia entre si; ao passo que na autoria mediata o homem de trás serve-se de uma estrutura vertical hierarquizada, onde apenas a concretização da ordem fica a cargo do executor direto que é fungível e não pode evitar que o resultado aconteça, pois existem muitos outros executores a serviço da organização.

Este acerto quanto ao posicionamento de Roxin parece-nos irrefutável, na medida em que dentro de um aparato organizado de poder, e os casos históricos em que a teoria foi aplicada, ficou comprovado que o “homem de trás” (ou seja, o manipulador da ordem) possui elevado controle sobre o resultado do acontecimento típico. Além disso, o fato de existirem inúmeros executores diretos a serviço do aparato faz com que o resultado típico independa da sua vontade.

Trazendo para os dias atuais, podemos notar que esta teoria se encontra firmada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 62, inciso I, onde é agravada a pena de quem “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”<sup>39</sup>, consolidando o conceito extensivo de autor, como corolário da teoria dos equivalentes causais.

Todavia, no advento da reforma de 1984 que surgiram indagações sobre qual a real concepção adotada pelo nosso atual Código Penal. Por isso, é importante observar a ressalva trazida por Juarez Cirino dos Santos:

A lei penal brasileira adota, a princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal [...]<sup>40</sup>

Ao passo que parte da doutrina aponta que a reforma adotou a teoria restritiva de autor em face da diferenciação entre autor e partícipe, inclusive diante de institutos como a participação de menor importância (vide art. 29, §1º, do CP), outra parte assegura que o legislador passou a adotar a teoria restritiva complementada pela teoria do domínio do fato, haja

<sup>39</sup> Artigo 62, inciso I do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº. 2.848/1940).

<sup>40</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 247.

vista a aceitação da teoria finalista da ação, conforme se observa pela redação do artigo 29, *caput*, §§1º e 2º, e no referido artigo 62, I, ambos do Código Penal.

À vista disso, compreende-se que a teoria do domínio do fato se aplica face à necessidade de alcançar a figura do agente mediato na prática delituosa, que, embora não tenha cometido o ato propriamente, manipula terceiro, com o propósito de que este pratique a ação típica. Nesse sentido, afirma Fernando Capez que “o executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato”.<sup>41</sup>

Contudo, graças ao grau de complexidade dos casos concretos, surge a dificuldade de se identificar com clareza o controle completo do agente ante ao fato típico, diminuindo assim a incidência direta da teoria do domínio do fato. Neste viés, rebatem André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves afirmando:

Por outro lado, a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número dos casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação. Quando o mandante, por exemplo, contrata uma pessoa para matar a vítima, o executor contratado pode fugir com o dinheiro, ser preso antes de cometer o crime, ou, por outro lado, cometer delito mais grave do que o combinado. Em nenhum desses casos, o mandante tinha pleno controle da situação.<sup>42</sup>

Portanto, vale observar que é preciso entender que não se pode exigir uma aplicação automática da categoria do domínio da organização como forma independente de autoria mediata, sem a comprovação segura da existência, no caso concreto, dos seus pressupostos fundamentais.

Por este motivo, quando se trata de delito ocorrido dentro do âmbito empresarial, envolvendo uma série de agentes, sendo cada um destes ocupante de uma posição abarcada de um volume específico de poder, se faz necessário verificar o fluxo de ordens, desde sua origem, para então conseguir lastrear os comandos e seus respectivos ordenadores – ou, pela lógica de Roxin, aquele que se encontra no domínio do fato como autor mediato da ação.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 370.

<sup>42</sup> ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444.

### 3.2 Movimentos teóricos do direito penal moderno

Apesar dos ditames das teorias clássicas, dentro da teoria moderna se questiona o poder punitivo exercido pelo Estado de modo geral, considerando estarmos numa esfera onde a autonomia das organizações sociais deva prevalecer.

Elucidando pelas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.”<sup>43</sup>

Perfazendo esta onda ideológica, surgem propostas sobre os novos ditames de política criminal que deve ser seguida, com intuito de extinguir certas condutas ilícitas. Nesse sentido, doutrinadores criminalistas recorrem ao desenvolvimento de teorias que servem de elementais na difusão de resultados positivos dentro do sistema jurídico penal, sendo algumas destas: i) *abolicionismo*; (ii) *minimalismo*; e (iii) *garantista*, trabalhadas a seguir.

#### 3.2.1 Abolicionismo

O surgimento da ideia de abolicionismo do Direito Penal acontece como rebote ao período do final da Segunda Guerra Mundial, onde se buscava um direito mais humanistas. No entanto, o movimento se consolidou nas décadas de 1960-70 em razão das teorias sociológicas que se floresciam na época.

Assim, o nome deste instituto se efetivou na segunda metade do século XX na Escandinávia, abarcado anteriormente nos movimentos que pediram o fim da escravidão e da pena de morte em outras épocas, sendo seu objetivo buscar soluções para a violência desmedida, sem, contudo, utilizar do mesmo meio como forma de coerção, desviando-se das formas de correção por meio de disciplina por meio da valorização do indivíduo.

Além disso, se refere tanto a um movimento social quanto a um conjunto de teorias na academia, que nega a legitimidade do sistema penal contemporâneo, e se contrapõe às formas de castigo usadas hoje pela justiça criminal na resolução de conflitos, especialmente as prisões, abrindo janelas à criação de microrganismos sociais baseados na solidariedade e fraternidade,

---

<sup>43</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 17.

buscando assim à reapropriação social dos conflitos entre agressores e ofendidos e a criação espontânea de métodos ou formas de composição.<sup>44</sup>

Tomando pela ótica teórica, encontramos três diferentes tipos de abolicionismos, consubstanciados conforme a concepção metodológica de seus protagonistas, sendo estas:

- a) fenomenológica de Louk HULSMAN;
- b) *materialista* com fundo marxista de Thomas MATHIESEN;
- c) *estrutural* de Michael FOUCAULT;

Resumidamente, podemos dizer que enquanto Hulsman coloca a abolição de todo o sistema de justiça penal, Mathiesen tenta abolir os absorventes sistemas sociais repressivos da última etapa do capitalismo de Estado, e Mathiesen tenta chegar à “(...) transcendência da estrutura repressiva de nossa sociedade, na última instância do modelo básico de produção dessa sociedade.”, sendo que seu abolicionismo tem (ao menos em princípio) uma maior extensão que o abolicionismo de Hulsman. Nos fatos, porém, seu abolicionismo baseia-se na ideia de que a política penal norueguesa “envolve em grande medida um tratamento irracional e injusto dos grupos marginais da sociedade — tratamento que deveria ser abolido em uma medida considerável. E Foucault, em sua percepção geral consoante aos pensamentos de Nietzsche e Bataille, entende que se deve abolir todos esses limites que fixam relações assimétricas, oposicionais, como as relações entre inocência e culpabilidade, razão e loucura, o bom e o mau, o normal e o patológico pois percebia o problema das prisões como “local e marginal”.<sup>45</sup>

Na América Latina, destacamos Eugenio Raúl Zaffaroni como defensor do realismo criminológico, sustentando que como em todos os tipos de teorias, existem os radicais e eles seriam a corrente abolicionista. Logo, pela visão de Zaffaroni

o abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo**. Artigo disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

<sup>45</sup> Thomas Mathiesen. *The Politics of Abolition*. Oslo, Robertson, 1974, p. 3. In: FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das idéias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. Trad. do espanhol por Natalia Montebello. Disponível em: <<https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/5140-12199-1-SM.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.<sup>46</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, discorre Bittencourt que

A abolição da prisão supõe o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade no campo de controle da delinquência. Tais formas auto gestionárias de controle da delinquência exigiriam a colaboração das entidades locais e das associações obreiras, a fim de evitar o isolamento social que sofre o infrator quando é recolhido a uma instituição penitenciária.<sup>47</sup>

Em apertada síntese, os adeptos à visão abolicionista enxergam um direito penal deslegitimado, a julgar por ser um sistema que não pune de forma igualitária todas os ilícitos, levando à subsunção de punição quase sempre aos mais desfavorecidos, atestando assim, um sistema de elevada desvantagem. Consequentemente, pleiteia a eliminação total desse modelo de controle estatal.

### 3.2.2 Minimalismo

Por mais falho que possa ser o sistema punitivo, uma sociedade sem uma estrutura mínima punitiva certamente recairia no abismo da ordenação social. Sendo assim, temos como vertente os surgimento do minimalismo, o qual se dedica a criticar o sistema penal afirmando a necessidade do direito penal reduzir sua incidência a um mínimo necessário, sendo sua aplicação estabelecida apenas quando essencial sobre a conduta danosa que deseja cercear.

Dentre os argumentos elaborados, verifica-se um consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito penal, tendo em vista que a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. Neste ponto, surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens.

Ademais, não bastaria apenas a comprovação do grau de importância do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal, mas sim, verificar qual o tamanho do impacto social e suas consequências, e somente depois disto, determinar quando à aplicação a intervenção estatal.

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014. p. 89.

<sup>47</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 593.

Estes pensamentos foram impulsionados por propostas elaboradas principalmente na década passada, em especial pelos pensadores Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, ambos italianos, sendo que o primeiro tem sua base liberal iluminista e o segundo de base interacionista-materialista. E palavras de Ferrajoli,

a justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os cidadãos por fatos de escasso relevo, como o são a maior parte dos atualmente castigados com simples multas.<sup>48</sup>

Considerando as alegações minimalistas a partir da década 90 do século XX no Brasil, em especial com o advento da reforma penal em 1984, os diplomas advindos nesta época causaram a inserção das penas alternativas por meio das Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 1984, e, atualmente, a Lei das penas alternativas Lei nº 9.714, de 1998, sendo mais notória a implantação dos juzizados especiais criminais estaduais, que buscou tratar de crimes de menor potencial, pela Lei nº 9.099, de 1995.

Logo, à luz dos simpatizantes desta teoria, estas reformas proveram, de certa forma, o controle da sociedade sobre os fatos que ocorrem atualmente. Contudo, seria abusivo dizer que o sistema penal seja minimalista, tendo em vista a ampla quantidade de crimes e de condutas que ainda são dosadas pela legislação vigente no País.

### 3.2.3 Garantismo

Por fim, este último aspecto teórico surgiu pela primeira vez por meio de Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão”, considerada por muitos o princípio e o mais importante de todos os livros referentes a esta teoria. Segundo sua obra, Ferrajoli afirma que

o garantismo penal deve que procurar estabelecer um conjunto de conceitos, princípios e normas capazes de fundamentar a legitimação do poder punitivo do Estado buscando garantir uma posição de relevo para o indivíduo.<sup>49</sup>

(...)

Garantismo, com efeito, significa [...] precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 383-384.

<sup>49</sup> Op. cit., item 49.

regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal<sup>50</sup>

Enquanto as demais teorias fixavam suas vertentes na tentativa de retirar do Estado o poder de punir, sendo por meio da redução do mesmo ou até sua abolição, o garantismo prega por uma necessidade de fortalecimento do Estado de Direito, onde não somente a lei se incumbirá a determinar os limites do poder punitivo estatal, como determina que o próprio legislador deverá seguir os limites predispostos na Constituição Federal da respectiva sociedade a qual irá regulamentar.

Considerando este conceito, Ferrajoli definiu em sua teoria três diferentes significados, sendo estes: (i) o *modelo normativo de direito*; (ii) a *teoria jurídica*, separando a vigência da validade das normas, determinando categorias distintas; e (iii) a *filosofia política*, onde o exige a justificação moderna do Direito e do Estado. Para ilustrar tais argumentos, temos o que segue:

“Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, (...) se caracteriza como uma técnica de tutela idônea (...) em garantia dos direitos.

(...)

Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. (...) exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; (...)

Num terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.”<sup>51</sup>

Em suma, o garantismo penal tem por finalidade garantir ao indivíduo uma maior segurança nos procedimentos adotados pelo sistema penal, pregando o método mais justo possível, tomando por base os princípios fundamentais e processuais a fim de que o Estado atenda o que for necessário em defesa da população, seja cerceando o indivíduo que comete a conduta ilícita quanto resguardando àquele que foi lesado.

<sup>50</sup> Op. cit., item 49, p. 271.

<sup>51</sup> Op. Cit., item 49, p. 785-787.

#### 4. Mecanismos de imputação de delitos cometidos no âmbito empresarial

Face aos benefícios trazidos pelos movimentos do direito penal moderno, estes incentivaram a mudança na forma de ser dos tipos penais, os quais se adaptaram à contemporaneidade, culminando na exigência de um aparato estatal de maior intervenção para a proteção dos bens jurídicos em geral. Por exemplo: enquanto nas décadas de 1950-80 o Direito Penal era consolidado pelos crimes de sangue e nas camadas menos favorecidas de cada sociedade, o Direito Penal Moderno contemplou condutas que envolvem a sociedade como um todo, em atenção àquelas praticadas em meio de estruturas complexas – ambientes chamados de “*in company*”. Inclusive, a temática foi abordada primitivamente por Edwin Sutherland<sup>52</sup>, por meio de seu estudo após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, onde enfatizou seu estudo nos crimes empresariais (chamados de “*white-collar crimes*”).

No Brasil, movimentos políticos contribuíram para a flexibilização dos princípios penais e das garantias fundamentais, que haviam sido conquistadas através da Revolução Francesa no século XVIII, permitindo que diversas novas condutas ilícitas emergissem, em especial no âmbito empresarial, como por exemplo os crimes “de colarinho branco”.

Por conseguinte, a atenção foi voltada para a busca de meios alternativos de repressão à estas condutas delitivas, mas que não necessariamente impactassem de modo brusco a liberdade das atividades empresariais.

E é por meio deste raciocínio que se compreende a importância e adequação dos programas de *criminal compliance*, como forma de autorregulação, a qual tem por finalidade conter delitos econômicos, através da fiscalização e gestão de riscos e a prevenção de ilícitos em geral. Por isso, para que esta máquina de gestão exerça sua eficácia, se faz necessária a concentração do controle da empresa, mediante a constituição de uma posição de garante, que no caso é a figura do *compliance officer*. E é pelo intermédio da figura do garantidor na execução dos atos empresariais que são levantadas diversas discussões acerca da responsabilização dentro do ambiente empresarial.

---

<sup>52</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT. 2014.

#### 4.1 Impactos pelo descumprimento dos programas de compliance e o "*criminal compliance*"

Resumidamente, programas de *compliance* podem ser compreendidos como instrumentos normativos que utilizam procedimentos empresariais internos para a gestão e prevenção de riscos.<sup>53</sup>

Nesse sentido, entendemos que os programas de compliance defendem valores que vão muito além dos elencados no rol de bens jurídicos contidos no Código Penal vigente. Neste ramo, as medidas se destinam desde a evitar delitos até serem responsáveis pela prevenção de tantos outros ilícitos de ordem ética e normativas empresariais. Por isso a abrangente capacidade de implementar mecanismos de controle internos para cada cenário societário, em conformidade com o tipo específico de negócio ao qual se pretende proteger, sempre buscando estar de acordo com a legislação vigente.

Destarte, pelas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira, o *criminal compliance* se reconhece no mundo jurídico como

o comportamento decisório na Economia é marcado pela ideia de oportunidade, a qual advém do juízo de cálculo de probabilidade sobre o potencial e a disposição de recursos em níveis mais elevados de produtividade. É nesse contexto de agitações do sistema econômico que se inserem as teses de *compliance* penal, na tentativa de se alcançarem, desde as representações um tanto mais sofisticadas da responsabilidade penal, a gestão e o controle deste novo cenário de risco, já de alguma forma vinculada às estruturas de governança.<sup>54</sup>

Neste ponto vale esclarecer um detalhe importante: apesar da similaridade do *criminal compliance* com o Direito Penal Moderno/Econômico, estes indicadores atuam de modo diverso, uma vez que o primeiro atua na antecipação da responsabilidade penal em razão da sua característica preventiva; e o segundo – que à despeito de ter como viés o reconhecimento de condutas que antes eram descriminalizadas e agora são alvo de cerceamento – atua nos moldes clássicos, pois incide sobre condutas que já afetam algum bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>53</sup> PAGOTTO, Leopoldo; NAKAHARA, Eric Felipe Sabadini. **O programa de compliance como mecanismo de prevenção de responsabilidade penal no ambiente corporativo.** In: SOUZA, Luciano Anderson de. (coord.). *Compliance no Direito Penal.* vol. 5. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2021. p. 235.

<sup>54</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance, Direito penal e a lei anticorrupção.*** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.258.

No cenário brasileiro, onde o *compliance* se firmou com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei nº. 9.613/98, que apesar de na época de sua entrada em vigor parecer não ter aplicabilidade prática, conquistou sua viabilidade por meio das alterações promovidas com a chegada da Lei nº. 12.683/2012, dispondo explicitamente sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, sob o pretexto de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de “lavagem de dinheiro”.

E aproveitando o embalo desta onda de medidas preventivas, logo no ano seguinte temos a promulgação da Lei Anticorrupção – Lei nº. 12.846/13, a qual deu forças ao *criminal compliance*, uma vez que prevê a redução das sanções para as empresas que cooperam com as autoridades na apuração das infrações e que estabelecem procedimentos internos de auditoria e fiscalização, viabilizando a denúncia de irregularidades.

Esta Lei determina que a responsabilidade de pessoas jurídicas ocorre na forma objetiva, ou seja, não há discussão de culpa. Por isso, ainda que os atos de corrupção tenham sido cometidos exclusivamente por empregado ou preposto, sem anuência ou participação direta da empresa, mas em seu benefício, a pessoa jurídica será responsabilizada.

Como reforço da perspectiva preventiva da chegada destas Lei, em especial da Lei Anticorrupção, Rosana Jobim afirma que

Há o entendimento que a Lei Anticorrupção contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira.<sup>55</sup>

Sendo assim, sabemos que o descumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à reputação da empresa, especialmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos. Nesse sentido, opina Bruno Maeda que

Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiaram aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 27.

<sup>56</sup> MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

Isto posto, com base na influência das mudanças de ordem jurídica previamente descritas, inferimos que temas relativos à moral e à ética estão em grande destaque, tanto no cenário internacional como no Brasil, principalmente em razão do aumento nos números de casos de corrupção que vieram ao conhecimento público nos últimos tempos. E, por este motivo, os programas de prevenção se adequam como uma importante ferramenta para mitigar os riscos empresariais e para garantir o atendimento às normas legais e ao comportamento ético, tendo como resultado da dinâmica da execução destes programas um trinômio: prevenir, detectar e responder.<sup>57</sup>

#### 4.2 Responsabilidade dos dirigentes na qualidade de garante ("*compliance officer*")

Em regra, todo programa de integridade inicia sua ação pela avaliação de riscos, tomando por base o cenário interno da empresa a qual se destina e o mercado ao qual se vincula. Entretanto, para que este se efetive, necessária se faz a adesão total deste regramento pela alta direção do referido segmento empresarial, com intuito de atribuir credibilidade e pautar a tomada de decisões.

Considerando que estes programas têm por ponto principal o combate à corrupção e outros atos antijurídicos, se percebe que cada vez mais o *criminal compliance* vêm sendo utilizado e até entendido como requisito essencial para atuação dentro do mercado financeiro no combate de delitos econômicos. Desta forma, a fiscalização e a gestão de riscos para prevenção de ilícitos em geral têm seu papel crucial.

E, no intuito de viabilizar esta fiscalização, se faz necessária a concentração de controle por meio de um representante que detém o poder na tomada de decisões da empresa (ou seja, figura na qualidade de “garante”), chamado de *compliance officer*, o qual fica responsável pela coordenação de ordem objetiva e/ou subjetiva na execução dos programas.

Ressalta-se que a referida expressão veio à tona pela primeira vez na legislação brasileira pelo Decreto nº. 8.420/2015, em seu artigo 42, inciso IX, que elenca a figura do responsável pela aplicação do programa de integridade.

Em complemento, vale enfatizar que são pessoas dotadas de conhecimento técnico de gestão, com capacidade para avaliar os riscos internos e externos da empresa, com o fulcro de prevenir e/ou minimizar os riscos de responsabilidade legal no âmbito judicial. Portanto, trata-

---

<sup>57</sup> Op. cit., item 6, p. 519.

se de um cargo de alta confiança, de natureza pública a qual resguarda o interesse da coletividade, cuja finalidade é o desempenho com probidade da atividade empresarial.

Diante disso, podemos classificar esta prática em duas espécies: (i) do interesse da empresa em si, quando realiza fiscalização interna como um auditor, na busca de verificar se há ou não práticas ilícitas dentro daquele ambiente; e (ii) do equilíbrio social da empresa com o setor público, onde o *compliance officer* tenta evitar qualquer tipo de infração.<sup>58</sup>

Como podemos notar, há uma vasta lista de atividades que dependem da figura do *compliance officer*, o que pode culminar em sua responsabilização penal, caso atue de forma precária quanto à prevenção criminal da empresa. Por isso, há discussão de que tal função de redução de risco pressupõe um comportamento que acaba por antecipar sua própria responsabilidade de suas atribuições.

Dentro do âmbito nacional, a figura do *compliance officer* sempre existiu, sendo que ocorreu uma transferência de posição de garantia, que antigamente era refletida apenas sob o empresário de alto cargo empresarial e hoje recai sob àquele que está na posição no ato da ocorrência da conduta ilícita. Com efeito, os questionamentos acerca da responsabilidade criminal em relação ao *compliance officer* surgem a partir da adoção da teoria formal do dever jurídico, prevista no artigo 13 §2º do Código Penal, concomitantemente com a edição da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº. 9.613/98, posteriormente alterada pela Lei nº. 12.638/2012) e pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529/2011).

Por conseguinte, a responsabilidade aumenta de acordo com a complexidade das sociedades, onde os garantidores de gestão se tornam réus de condutas delitivas que não foram diretamente por eles praticadas, mas que vem sendo categorizadas em razão do expansionismo do Direito Penal como um meio de retorno dos anseios sociais.<sup>59</sup> Isto porque a tutela de bens jurídicos em crimes econômicos geralmente é coletiva, apresentando distanciamento da vida do cidadão comum, conseqüentemente, afastando a relação direta entre a conduta praticada e o ato lesivo.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal Compliance e ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 22. In: Op. cit., item 6.

<sup>59</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 59.

<sup>60</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva impropria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados pelo cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.41.

Por este motivo, o que mais se nota é a incidência da responsabilidade objetiva recaindo sob tais garantidores, independente da comprovação de dolo ou culpa para a atribuição de responsabilidade.

Em complemento, este ponto que pode ser alvo de questionamento sobre a questão da autoria mediata – aceita pela doutrina brasileira – a qual o autor realiza a ação por meio de outra pessoa, na qualidade de mandante imbuído de erro ou coação.<sup>61</sup> No entanto, conforme explica Roxin, essa qualificação seria problemática no caso em que houvesse múltiplos garantes, pois haveria grande dificuldade de determinar como cada um agiria, gerando insegurança acerca da ação de cada indivíduo.<sup>62</sup>

Diante desta inoperância, nos restaria então classificar a atuação do *compliance officer* nos crimes de omissão imprópria<sup>63</sup> (também chamados de comissivos por omissão), eis que não há causalidade fática na ação, mas sim jurídica. Logo, o agente responderia não pelo que causou, mas sim pelo fato de não ter evitado a ocorrência do ato lesivo.<sup>64</sup>

Seguindo esta lógica, temos no artigo 13, §2º do Código Penal a previsão do indivíduo assumindo o posicionamento como garante da situação, onde sua obrigação é de dever e poder agir para evitar o resultado, dividindo então entre a possibilidade de atuação e o dever de atuar, considerando o rol taxativo para caracterizar tal questão.

Emparelhando ao âmbito empresarial, poderíamos elencar a atuação do *compliance officer* na alínea “b” do artigo supramencionado, uma vez que tal posição hierárquica se procedeu mediante delegação de poderes de vigilância e supervisão do programa de integridade, implicando em seu dever cumprir as normas legais. Vale lembrar que aqui não se trata de um dever contratual, mas sim, de qualquer imputação de responsabilidade, o que decorre da sua posição empresarial no ato da ocorrência do ato ilícito.

Apesar desta última hipótese de enquadramento se consolidar em uma saída viável para a imputação da responsabilidade ao *compliance officer*, este raciocínio é questionável, pois a lei brasileira não institui a posição de garante de forma sólida, e ainda deixa de modo vago a

---

<sup>61</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 560.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. **Novos estudos do direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 169.

<sup>63</sup> Diferentemente dos crimes comissivos, os omissivos ocorrem quando o agente não faz ou não pode ou não deve fazer tal ato. Os crimes omissivos se dividem em dois tipos: (i) *próprios* – previstos no Código Penal e preveem uma conduta específica; e (ii) *impróprios* – sem previsão legal, como por exemplo, o crime de homicídio por omissão (art. 121 c/c art. 13, ambos do Código Penal).

<sup>64</sup> Op. Cit. Item 63, p. 308.

delimitação das condutas omissivas de resultado de dano. Por isso, as ações deste agente não configuram tipos penais abarcados de modo inequívoco na legislação brasileira.

Ademais, destaca-se que na jurisprudência brasileira há um movimento de distanciamento das funções intrínsecas de garante da responsabilidade criminal. Como exemplo, podemos citar um caso advindo do Supremo Tribunal de Justiça de 2009 com manifestação contrária à responsabilização objetiva de profissional que exaure parecer técnico, de acordo com sua atividade, e venha a ser incriminado.<sup>65</sup>

Não obstante a discussão e o posicionamento acima, em 2013 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação nº. 470 (caso conhecido como “Mensalão”), decide por responsabilizar criminalmente os agentes financeiros apontados no caso, por sua atuação na execução de forma indireta do crime, a qualidade de autores mediatos.<sup>66</sup>

De forma recorrente aos fundamentos do caso, foi citada a teoria do domínio do fato (exposta em capítulo anterior), consubstanciando a possibilidade de incriminar aqueles que não tivessem participado diretamente dos atos executórios, mas que de alguma forma tinham o domínio do fato, por coordenarem o comando no controle da execução do crime. Neste caso, o tema *compliance* foi especificamente trabalhado, em especial quanto à condenação de Vinicius Samarane, considerado *compliance officer* do setor de controle *compliance* do Banco Rural, o qual restou comprovado que obtinha vinculação direta a fraudes no sistema de prevenção de lavagem de dinheiro, por meio de sua gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro, uma vez que determinava a alteração de relatórios internos do bando relativos ao programa de *compliance* vigente.

Por fim, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Ordinário em Habeas Corpus (agosto/2017), também a Quinta Turma, entendeu que nos crimes societários cometidos por representantes da empresa deve haver correlação entre a concretude dos fatos delituosos com a atividade do acusado, não sendo suficiente a condição de socio da sociedade, sob pena de responsabilização objetiva.<sup>67</sup>

Em complemento, vale lembrar que não há tipo penal específico que categorize a figura do *compliance officer*, contudo na doutrina, existem autores que argumentam que haverá

<sup>65</sup> STJ, HC nº. 108.985/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado e, 26.05.2009, DJe 15.06.2009.

<sup>66</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470*. **Conjur**, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em: 18 de janeiro 2021.

<sup>67</sup> STJ, RHC nº. 45.872/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017.

responsabilização em casos de omissão impropria, quando esta omissão for inicial e dolosa do agente, dando causa ao resultado posterior, eis que tinha o dever de evitar tal resultado.<sup>68</sup>

Em suma, o STJ entendeu que não basta ocupar a posição de garante ao cumprimento dos programas de integridade, atuando assim como barreira à possibilidade de prática de ilícitos penais. Há, na visão desta Corte, a necessidade de comprovação de nexos entre o agente e a conduta, para que então possa haver imputação de responsabilidade do representante da pessoa jurídica.

Salienta-se que, apesar das decisões conflitantes dentro das Cortes brasileiras, na Alemanha, Estados Unidos e países da Europa Ocidental o *compliance officer* tem uma função abrangente e predefinida, havendo o chamado “dever de *compliance*”, que é exigido para todas as empresas constituídas como sociedades anônimas ou microempresas.

Em vista disso, o cenário ideal seria a delimitação, tanto pela legislação brasileira quanto pelos programas de integridade, das funções e poderes que serão desenvolvidos pelo agente garantidor, bem como suas respectivas responsabilizações quanto ao descumprimento destas, de forma a deixar evidente as atribuições ao assumir o cargo de *compliance officer* efetivamente.

## 5. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se a importância da figura do *compliance officer* vem aumentando ao longo do tempo, devido à complexidade no desempenho de suas tarefas perante o sistema econômico e legislativo, o que explica o aumento na adesão aos programas de *compliance* dentro do cenário empresarial brasileiro.

Todavia, há um rol ínfimo de leis que abordam o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, o que dificulta (e muito) a definição da responsabilização juridicamente, visto que não se trata de mera individualização de imputação criminal, em que pese o comportamento falho do indivíduo como representante da empresa como figura de garante da situação, mas sim, sobre os reflexos envolvendo comportamentos coletivos e sua respectiva individualização, correlacionados à tutela coletiva, neste caso, a defesa da sociedade contra os atos corruptivos que influenciam a harmonia social e econômica.

---

<sup>68</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

Por conseguinte, entende-se que para que haja uma responsabilização ponderada, necessário definir as dinâmicas de cada tipo societário, divisões de trabalho e funções dos agentes ocupantes dos cargos de controle, a fim de que não haja margem para desoneração de reponsabilidade dos agentes de alto escalão societário.

Além disso, apesar das duras críticas de que não se pode condenar executivos pela inoperâncias de seus atos em seus respectivos cargos de alta gestão, também não se pode eximir completamente de toda e qualquer responsabilidade criminal, dado que esta máxima incitaria ainda mais o caos e a falta de comprometimento destes agente para com suas funções. Logo, compreensível que para que haja responsabilização subjetiva do *compliance officer*, por meio de comprovação de nexos causal (conexão da conduta com o resultado), inclusive através de tipificação como crime omissivo improprio, se comprovada, além da omissão inicial, o dolo nas ações praticadas em razão da posição de garantidor da operação empresarial. Caso contrário, estaríamos invariavelmente recaindo sobre a regra da responsabilização objetiva, que já não se adequa mais aos ditames do Direito Penal Moderno.

Outrossim, entendível o distanciamento da aplicação da teoria do domínio do fato, já que não se trata de agente que serve de outrem para a prática do delito. No caso, é o próprio agente quem determina a distorção da conduta preventiva, tornando-a deturpada em relação ao seu respectivo programa de *compliance*. Assim, até seria admissível a adoção da conduta omissiva impropria se esta estivesse definida pela esfera criminal, o que não ocorre atualmente. Portanto, para que não haja o uso indiscriminado desta possibilidade, e conseqüentemente resulte na violação do princípio da legalidade, o melhor seria a delimitação da atuação da figura do *compliance officer*, através da elaboração de uma lei específica para esclarecer seus deveres jurídicos.

Por fim, como reflexão, servem as palavras do filósofo político Rawls, aludindo que “as diversas concepções de justiça provêm das distintas noções de sociedade, contra um pano de fundo de visões conflitantes acerca das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana”<sup>69</sup> E continua: “a única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 11.

<sup>70</sup> Idem, p. 4.

Por isso, torna-se necessário, o aprimoramento das teorias penais, as quais são essenciais para organizar e reger o fluxo de contatos sociais na sociedade contemporânea.

## 6. Referências bibliográficas

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **O direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 25, ano 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2013 e 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470. Conjur*, São Paulo, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de Compliance**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COMPLY. In: **MICHAELIS** Moderno Dicionário da língua inglesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/comply/>>. Acesso em 18 de dezembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

ESTATUTO sobre fraudes criminais do **Departamento de Justiça dos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em 09 de dezembro de 2020.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GLYN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moisés. **Globalização da corrupção, a economia política da corrupção**. Brasília: UNB, 2002.

GRECO, Luís. **A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução**. In: Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. ed. 3a. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. ed. 4a. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Abel Fernandes. **Responsabilidade penal pela omissão de *compliance***. Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* Prof. João Marcello de Araújo Jr. (CPJM), Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/06/RESPONSABILIDADE-PENAL-PELA-OMISSÃO-DE-COMPLIANCE.pdf>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LARRAURI, Elena. *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*. In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition*. Oslo, Robertson, 1974, p. 3. In: FOLTER, Rolf S. de. **Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault**. Trad. do espanhol por Natalia Montebello. Disponível em: <<https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/5140-12199-1-SM.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo**. Artigo disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ROXIN, Claus. *Problemas basicos del derecho penal*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**. In: Problemas fundamentais de direito penal. ed. 2a. Lisboa: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_. *Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada*. Revista Penal, n. 2, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Täterscha und Tatherrscha*. 6. Aufl, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 112. In ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Universitas JUS, v.25, n.2, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos do Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. In: *Teorias Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SANTIN, Miguel Ângelo. **O Estado e o direito de punir**. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito penal e a lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. (coord.) **Compliance no Direito Penal**. vol. 5. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso De Direito Penal: Parte Geral**. ed. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

STJ, HC nº. 108.985/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado e, 26.05.2009, DJe 15.06.2009.

STJ, RHC nº. 45.872/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª ed. Trad. por Bustos Ramírez e Yáñez Pérez, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5. In: GUEIROS, Arthur. Valores ético-sociais e os programas de compliance. Coordenador Acadêmico do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM) de 10/09/2020. Disponível em: <<http://www.cpjm.uerj.br/texto-blog-valores-etico-sociais-e-os-programas-de-compliance/>>. Acesso em 15 de janeiro de 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014.