

COMPLIANCE DESLOCA A RESPONSABILIDADE PENAL?

RODRIGO SILVA BARRETO

DOUTORANDO EM CIÊNCIA JURÍDICA-CRIMINAL PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA/PORTUGAL, MESTRE EM CIÊNCIA JURÍDICO-CRIMINAL PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA/PORTUGAL. PROFESSOR NO CURSO DE DIREITO, DO UNICATHREDRAL – CENTRO UNIVERSITÁRIO. MEMBRO DA COMISSÃO NACIONAL DE *COMPLIANCE* DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS (ABA)

E-MAIL: RODRIGO@BARRETOBR.COM

Resumo

Trata-se aqui de examinar o *compliance* enquanto interligado a responsabilidade penal dos colaboradores, bem como da própria empresa. Não como um mecanismo que vai ao encontro da eficácia do cumprimento da norma, mas sim de um mecanismo que retira a responsabilidade penal dos colaboradores e da empresa. Ou seja, o *compliance* também pode ser visto como instrumento para não responsabilizar a alta administração. Para tanto, o trabalho tenta demonstrar as formas de deslocamento de responsabilidade e a maneira de evitar esse deslocamento com base na legislação brasileira.

Palavras-chave: *Compliance*. Criminal *compliance*. Responsabilidade penal da pessoa física e jurídica.

Abstract

106

It is a question of examining *compliance* while linking the criminal liability of employees, as well as the company itself. *Compliance* is not a rule-enforcement program, but a way to remove criminal liability from employees and the company. To this end, the work tries to demonstrate the forms of displacement of responsibility and the way to avoid this displacement based on Brazilian legislation.

Keywords: *Compliance*. Criminal *compliance*. Criminal liability.

1 Introdução

Quando entendemos o *compliance* (principalmente, na sua área penal: *criminal compliance*), relacionamos ele em um ponto central: a sua questão ética. Ao verificar esse ponto, interligamos isso ao cumprimento de normas, sejam elas dirigidas para a empresa, sejam elas dirigidas para todos os seus colaboradores. Entretanto, tal estudo tenta mostrar um outro ponto de visto – qual seja: o *compliance* como um “mecanismo de irresponsabilidade penal dos dirigentes, gerentes, administradores”.

Isto é, verificaremos no nosso estudo que o *compliance* pode, na verdade, ser o instrumento para retirar a responsabilidade penal das pessoas que estão no topo empresarial, denominando-o de *riskshifting*⁹. É dessa forma que verificamos o programa de *compliance* (dentro seu mecanismo ético, de investigação e de punição de seus colaboradores) como instrumento possível para eximir a responsabilidade dos dirigentes. Não só, mas também verificamos o membro do *compliance* (o *compliance officer*) como o funcionário que exerce uma nova função da empresa, que exerce um dever de garantia perante seus colegas colaboradores – ao mesmo tempo: funcionário subalterno e fora da hierarquia da empresa?

De um lado, então, aprofundaremos a responsabilidade do *compliance officer*, fundamentando-o no dever de garantia do empresário, nos crimes omissivos impróprios expostos no art. 13, §2.º, CP. De outro lado, verificamos o programa de *compliance* como mecanismo para a responsabilidade da pessoa jurídica, seja para análise da culpa, seja no cálculo da pena. Reforçando aqui a ideia que o *compliance* interfere (modifica, altera) a responsabilidade penal individual dos agentes superiores (diretores). Por isso, tal modificação deve ser vista e analisada com presteza.

Afinal, dentre as problemáticas centrais da ciência do direito processual penal e do direito penal, percebe-se um questionamento essencial: como respeitar os direitos fundamentais e buscar um sistema criminal mais operante e eficiente?¹⁰ Aceitar, logo, que certas pessoas, exercendo certas funções empresariais importantes, não sejam responsabilizadas penalmente, torna-se inaceitável. É dizer, em um sistema democrático como nosso, devemos sempre buscar uma justiça mais “qualificada” que, nesse ponto, relaciona em “igualizar” as possíveis responsabilidades penais. Por isso, o *compliance* torna-se o centro no nosso estudo. Ele é necessário? Sim, mas não deve ser fundamentado e, consequentemente, aplicado no nosso ordenamento como um mecanismo de “fuga” de responsabilidade penal dos dirigentes empresariais.

2 O Compliance Officer e os Dirigentes Empresariais

O *compliance*, ou melhor, o *compliance officer*, quando relaciona com forma de responsabilidade penal, entrelaça-se diretamente com o seu dever de evitar. A

⁹Sobre a questão, LAUFER, William S., *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of compliance*, 52 *Vald. L. Rev.* 1341 (1999), GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial, in PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.), *Estudo sobre law enforcement, compliance e direito penal*, Lisboa: Edição Almedida S.A., 2018, 267-302

¹⁰ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal volume único*. 7. ed. rev., ampli. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

questão central é perguntar: deve haver uma transferência do “dever do evitar” (subsequente, daquilo descrito no art. 13, §2º, do CP) dos dirigentes para o *compliance officer*? Ou deve ter um dever “duplo” do dirigente e do *compliance officer*?

Apesar de haver outras fundamentações relacionadas a isso – por exemplo, o art. 16 da Lei nº 83/2017 de Portugal, conforme Sousa (2018) menciona, que descreve a responsabilidade do *compliance officer* fundamenta-a no dever do cumprimento normativo¹¹ – a questão é analisar de que forma surge a responsabilidade do *compliance officer* em seu dever de evitar, ou seja, na sua relação nos crimes omissivos impróprios.

O ponto inicial, portanto, encontra-se em entender a responsabilidade penal dos dirigentes, depois em analisar tal possível “transferência” de responsabilidade. De melhor forma, quando falamos de responsabilidade dos dirigentes, compreendemos a sua dificuldade de investigação, de condenação e, claro, de punição desses agentes empresariais. Depois ainda, entendemos que, com tal dificuldade, ela é interligada com a responsabilidade do *compliance officer*. É em mesma forma que se encontra a Ação Penal nº 470.

Ou seja, é possível notar que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ação, fundamentou em pontos essenciais no nosso estudo: a aplicação da teoria do domínio do fato na responsabilidade dos dirigentes, bem como a condenação do *compliance officer* pela conduta comissiva por omissão, de forma dolosa, porque houve a delegação dos deveres de vigilância a e controle da empresa.

Sendo assim, a questão que deve ser analisada é justamente esta: a problemática do dever de garantia dos dirigentes empresariais e a possível transferência de tal dever para o *compliance office*.

2.1 A problemática do dever de garantia dos dirigentes empresarias

Enquanto parte de uma problemática maior, o dever de garantia dos dirigentes empresarias e sua possível responsabilidade por esse instituto são relacionados daquilo que podemos descrever como a imputação penal no âmbito da criminalidade empresarial. Isto é, como podemos responsabilizar os dirigentes por suas condutas comissivas ou omissivas no âmbito empresarial?

Para responder essa pergunta, é necessário entender, preliminarmente, a criminalidade empresarial; nela, reparamos construções normativas – com fundamento teórico e prático – que buscam resolver os problemas sociais e econômicos em âmbito empresarial no último século. Isto é, de acordo com Sousa (2009) durante a primeira metade do século XX foi colocada em evidência a necessidade de intervenção pública com a finalidade primária de prevenir desequilíbrios econômicos e sociais graves.

Todavia, tal necessidade foi de encontro com as diferenças extremas entre a estrutura empresarial e a criminal.

Por um lado, ao ver de Monaner Fernández (2008), a empresa estruturada em seu plano horizontal (a organização fundamentou-se pela divisão de trabalho –

¹¹ Nesse sentido, estamos falando que o fundamento da sua responsabilidade penal não se encontra em dever de evitar e na transferência da responsabilidade do dirigente para o *compliance officer*, mas sim no seu próprio dever de cumprir as regras. Caso assim, verifica-se no art. 16 da Lei nº 83/2017 de Portugal.

distribuição de funções e de competências determinadas pela complexidade da atividade empresarial) e vertical (ela organizou-se pelo princípio da hierarquia – cadeia de atribuições diferenciadas, que abarcam atuações de sujeitos de diferentes níveis).

Por outro lado, o direito penal que se fundamentou sempre dentro de uma imputação individual, verificação de uma conduta típica, antijurídica e culpável do agente individual. Sempre verificando aqui a intenção do agente de forma individual, seu dolo, culpa, justificantes, dirimentes.

É dizer, enquanto o primeiro estrutura-se em tomadas de ações, decisões e execuções coletivas (moldado em pluralidade de agentes), o segundo prende-se em âmbito individual, geralmente (mas não somente) em crimes dolosos por ação individual.

Por isso, no século XX, de acordo com Silva Sanchez (disponível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/293084/381595>) começa a surgir a necessidade de novas técnicas jurídicas, moldadas em soluções específicas de um direito penal do risco, caracterizadas por uma antecipação da tutela penal e por novas estruturas de bem jurídicos, bem como descentralizadas em um novo modelo de Estado, o Estado Regular.

O direito penal modifica-se aqui, a fim de resolver tais problemas, cuja solução faz aparecer, por exemplo, (1) a tipificação de crimes de perigo abstrato, (2) a legislação maior de normas penais em branco (com remissão à normas extrapenais, v.g.); (3) a legislação de crimes impróprios indeterminados; (4) a normatização penal com base em bens jurídicos supra-individuais; (5) o ressurgimento da imputação a pessoa jurídica; (6) as novas teorias referentes a autoria e participação.

O bem jurídico na criminalidade da empresa, v.g., em sua grande maioria, tem por objeto a tutela de interesses coletivos ou supra-individuais, tais quais: o ambiente, as receitas fiscais, o regular funcionamento da sociedade comercial, a confiança no mercado de valores mobiliários. Ou seja, como podemos depreender das palavras de Souza (2019) o bem jurídico assume a proteção de interesses muito distintos dos bens jurídicos clássicos.

Nesse sentido de consequências, ainda nas palavras de Souza (2019), o direito penal vem sendo pensado em umas duas frentes (Peres, 2015; Baigun, 2000; Costa, 1998): a primeira compõe-se em critérios da responsabilidade da pessoa jurídica diferentes e distintos dos das pessoas físicas, bem como fundamenta-se em novos princípios de direito penal, diferentes dos tradicionais; a segunda, pelo contrário, também se tem analisado adaptar tais condutas empresariais ao direito penal clássico.

Mas, o que quer dizer essa parte preliminar? Como essa mudança do direito penal, essa nova estrutura da sociedade e das empresas relacionam com a imputação dos dirigentes?

Há aqui e por consequência disso, a dificuldade da imputação jurídica em condutas comissivas ou omissivas dos superiores empresariais, as condutas dos superiores por autoria direta, mediata ou coautoria, bem como por participação. Relaciona a isso, por exemplo: a autoria e participação em crimes dolosos por ação, a autoria e participação em crimes específicos no âmbito empresarial; o dever de garantia e a autoria por omissão (Souza, 2019).

Então, por exemplo, em que medida um dirigente empresarial pode responder pelo seu dever de evitar nos crimes realizados pelos seus funcionários? A

pergunta não tem resposta majoritária na doutrina e na jurisprudência, mas alguns pontos essenciais relacionados ao tema são importantes de descrever.

Na questão de autoria e comparticipação em crimes dolosos por ação, a questão volta-se a saber em que medida um dirigente empresarial pode responder pelos fatos realizados, por sua ordem, pelos trabalhadores da empresa. Analisando junto a teoria do domínio do fato, Souza (2019, p. 40 e ss.) fundamenta-se tal possibilidade:

“Para que um administrador, diretor ou superior hierárquico possa ser punido como autor de um crime doloso por ação em contexto empresarial com base na teoria do domínio do facto, seria necessário comprovar a vontade delituosa e, simultaneamente, um efetivo domínio do acontecimento sob qualquer uma das suas modalidades: domínio da ação (autoria imediata), domínio da vontade (autoria mediata), domínio funcional (co-autoria) ou domínio da decisão (instigação-autoria).”

Por outro lado, agora na questão de autoria e comparticipação em crimes específicos, é o possível notar um novo fundamento. Ou seja, estamos agora relacionando a imputação do dirigente com conduta dos seus funcionários em crimes específicos – tais quais: os crimes laborais, crimes societários. Aqui exigem sujeito ativo especial para a conduta, sendo assim, são crimes especiais e requerem qualidades especiais do agente. Para tanto, fundamenta a autora, analisando o ordenamento jurídico de Portugal, especificamente, no seu art. 12º, 26º e 28º, na possibilidade de responsabilizar os dirigentes em relação a certos crimes específicos dos funcionários, na mesma ordem que verifica certos bens jurídicos, o domínio do acontecimento criminoso e a capacidade de lesar o bem no exercício daquelas funções de representante.

Por fim, na relação do dever de garante e na autoria por omissão, o desafio consiste em definir o fundamento jurídico do dever de garante do dirigente, sendo que eles assumem, em virtude das funções que desempenha, o dever de evitar os crimes cometidos na empresa. Nesse sentido, conforme Souza (2019, p. 40 e ss.), é possível descrever que

“A posição de garantia reverte (e, quanto a nós, tem de revestir) uma natureza muito mais específica na criminalidade da empresa: aparece como um compromisso de contenção de riscos determinados para bens jurídico-penais, cabendo às regras de atribuição e distribuição de competência um decisivo penal na delimitação dos concreto riscos que o sujeito deve controlar, bem como na determinação das medidas que deve adotar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso, sob pena de cometer um delito omissivo”

Sendo assim, observa-se do texto da autora que, para ser imputado a um superior hierárquico através do seu dever de evitar, cabe verificar no caso prático determinar os deveres funcionais ou quadro de competência do dirigente e aferir a possibilidade de o superior hierárquico dominar ou controlar os riscos proibidos criados. É dessa forma que conclui (Souza, 2019, p. 75):

“a responsabilidade do dirigente empresarial por omissão implica a comprovação de elementos necessários à fundamentação da autoria; implica situar o fato criminoso na esfera de responsabilidade do agente (e não apenas e de forma generalizada associá-la ao cargo administrativo exercido) e, cumulativamente, que sobre ele recaia individualmente o dever de intervir e prevenir a eventual atuação criminoso. So neste caso será possível fundamentar-se o juízo de censura próprio da culpabilidade penal, sem que se caia numa ressunção de culpabilidade contrária aos mais elementares princípios de um Estado de direito democrático, em particular e de modo evidente, os princípios da dignidade humana e de um devido processo legal enquanto pilares estruturantes da presunção de inocência”

Portanto, verificamos a problema de imputar a responsabilidade dos dirigentes no âmbito da criminalidade empresarial. E, assim, mesmo de forma sucinta, descrevemos como podemos responsabilizar os dirigentes por suas condutas comissivas ou omissivas no âmbito empresarial. Entre algumas dessas formas, percebemos o dever de evitar do dirigente. É nesse ponto que o *compliance officer* relaciona. Ou melhor, é nesse ponto que pode acontecer o deslocamento de responsabilidade do dirigente para o membro do *compliance*.

Sendo assim, a questão volta-se agora a verificar essa possibilidade e, com isso, analisar, de alguma forma, a proibição dessa “modificação” de imputação e de futura responsabilidade não se torna um deslocamento da responsabilidade penal.

2.2 O dever de evitar do *compliance officer* como uma transferência da garantia do dirigente?¹²

Justificar a responsabilidade do *compliance officer* no âmbito penal, é descrever o seu dever de evitar, o seu dever de garante na relação de transferência (ou não) do diretor para tal membro do *compliance*.

Explicando de forma mais clara: quando falamos do *compliance officer*, como afastamento da responsabilidade individual dos administradores e diretores, tal posição aponta para a desresponsabilização do delegante de forma total (sem ou com a necessidades de certos requisitos), ou de forma compartilhada: dever derivado do *compliance officer* e dever originário dos administradores e diretores (Mendes, 2018).

A responsabilidade nesta questão pressupõe que previamente se possa afirmar um dever de garante do administrador ou do dirigente empresarial (Souza, 2014) ou a um dever de evitação, segundo Sieber (2013), ou também ao novo papel dos *gatekeepers* (Geraldo, 2018; Mendes, 2018), bem como uma possibilidade de reponsabilidade do *compliance officer* que é verificado nas pesquisas de Gimbernat, de Heine, de Jakobs, de Schunemann (Gimbernat Ordeig, 2006; Jakobs, 1997; Schünemann, 1996).

Vejamos bem, saindo já do pressuposto que (1) o dirigente tem tal dever de evitar, possui esse dever de garantia; que (2) já também o *compliance officer* o tem e que (2) não é originária (a garantia vem do dono da empresa); a questão agora é verificar se esse dever do *compliance officer* é retirado, partilhado ou nem relacionado com o do dirigente. Então, como podemos explicar melhor essa transferência?

Como tal mecanismo de dever de garante, o delegante (administradores e diretores) pode fundamentar em duas regras gerais: (1) transfere ela ou (2) “compartilha” (duplicando-a) com o delegado (*compliance officer*) no âmbito interno ou externo da empresa.

Quando há a transferência para o *compliance officer*, observamos uma possível impossibilidade de imputação dos dirigentes. Sendo assim, aquele que tem a garantia de evitar condutas ilícitas na sua empresa, não o tem mais. O *compliance officer* assume o dever de evitar as condutas criminosas de seus colegas colaboradores, inclusive da alta administração que ele é subordinado. Desta

¹² Não iremos discutir a possibilidade do dever de garantir relacionar (ou não) com o art. 13, §2º, do CP, aceitamos como visto que, com base no capítulo anterior, é possível responsabilizar o dirigente e subsequentemente, o membro do *compliance officer*.

forma, eximido de responsabilidade, os dirigentes não são mais responsabilizados por futuras condutas omissivas impróprias.

Nessa fundamentação, certos requisitos são essenciais: (1) um programa de *compliance* já implantado e eficiente, (2) funções do *compliance* já bem determinadas. Ao mesmo tempo, (3) um setor de *compliance* independente, distante do controle da alta administração, tudo isso é de suma importância para buscar uma eficácia do programa de *compliance*.

Em outro fundamento, podemos descrever a delegação (duplicação) dos deveres. Produzindo um dever de evitar especial, por um lado, o delegante (alta administração) ainda possui a garantia, mas diferente da original. Por outro lado, o delegado (*compliance officer*) tem um dever que deriva da original. Nesse sentido, descreve Geraldo (2018):

“Por via da delegação, o (dirigente) delegante deixa de estar obrigado a controlar diretamente os focos de risco que estejam incluído na esfera de competência do delegado. Mas permanece obrigado a escolher criteriosamente o delegado desses poderes, a formá-lo (se e quando necessário), a facultar-lhe toda a informação relevante e a conceder-lhe os meios necessários para o exercício rigorosos e eficaz da sua função.

A jusante, o dirigente permanece também e ainda obrigado a informar-se sobre o desempenho do delegado no exercício das suas funções pendendo-lhe informações, prestação de contas, etc.: em suma, fica obrigado a monitorizar, vigiar e controlar o exercício das funções de vigilância por parte do delegado.”

É notório perceber aqui se torna mais difícil responsabilizar os dirigentes da empresa quando há delegação da garantia – independentemente que seja por transferência (parcial ou total), ou por compartilhando.

Como podemos imputar por uma conduta uma omissiva imprópria quando há a transferência desse dever? Ou como imputar quando o dever do delegante se encontra atrás do dever do delegado? Na transferência do dever, o dirigente não tem mais o dever de garantia e, na delegação (parcial, total, duplicada), o dirigente tem dever de vigiar o seu funcionário. É possível, assim, responsabilizar o delegante?

Em uma investigação penal, essas alternativas de delegação afastam as possíveis condenações dos dirigentes pelo seu dever de garantia, tratando-se, desta forma, de encontrar fundamentos que comprovam as possíveis condenações da alta administração. Nessa linha, descreve Souza (2019, p. 123 e ss.), ao falar do dever do delegado:

“Ora, o delegado só assume a posição de garantia se, de fato e em primeiro lugar, lhe for transferido pelo delegante um dever de proteção do interesse jurídico-penalmente valioso, desde que esse dever seja disponível a prossecução e cumprimento daquele dever. Só desta forma poderá dizer-se que “um sujeito adquire uma posição de garantia se assume livremente a posição que lhe é delegada por aquele que a detém originariamente. Por esta via, cria-se um novo dever de garantia – o do delegado – e reformula-se o dever de garantia do delegante.”

Sendo assim, uma possível imputação do delegado somete é possível quando o membro do *compliance* tenha independência da sua função, principalmente independência do delegante. Ademais, ainda acrescenta a autora dois pontos importantes (souza, 2019, p. 123 e ss.):

“Em primeiro lugar, deve sublinhar-se que o delegado só se transforma em garante se aquele que lhe delegou o dever detinha essa posição de garantia e

dele podia dispor. Neste sentido, o primeiro problema será sempre o de saber se a empresa e os seus dirigentes tem e em que termos a obrigação de controlar os riscos criados pela empresa.

Em segundo lugar, para que se afirme ou negue o dever de garante, torna-se imprescindível atender ao concreto modelo de *compliance* e as obrigações assumidas pelo chefe do departamento de *compliance*. Isto é, importa delimitar a esfera de responsabilidade do chefe do departamento de *compliance* e, consequentemente, delimitar os riscos de que ele é ‘gestor’. Deste modo, se o risco que cabe ao *compliance* officer acautelar não se inclui no âmbito de proteção da norma incriminatória que vem a realizar-se, não pode ser-lhe atribuído o fato criminoso a título de omissão (v.g., se o *compliance* officer tem por fim exclusivamente detectar irregularidades e prevenir atos ligados aos branqueamento de capitais, não pode imputar-se-lhe responsabilidade por não detectar irregularidades relacionadas com a segurança dos produtos fabricados).”

Há de se pensar, então, que o ponto essencial é claro: qualquer escolha de compartilhamento de tal garantia, deve ser profundamente analisada, a fim de que não exima a responsabilidade dos delegantes. Além do mais, aqui a autoria por omissão do delegado somente poderá existir, de acordo com Souza (2019, p. 123 e ss.) “quando o dever violado se reporte a um risco protegido pela norma incriminatória, dever esse que integra a esfera de responsabilidade do *compliance officer*, tendo ele a possibilidade de o cumprir”, e, ao mesmo tempo, quando não retirar a responsabilidade do delegado.

3 O Programa do *Compliance* e os Dirigentes Empresariais: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

113

Ao buscarmos um sistema criminal mais operante e eficiente (na medida que respeita os direitos fundamentais), o instituto do *compliance* também pode fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, ao mesmo tempo, modificar a imputação dos dirigentes empresariais. Isso é, o programa de *compliance* pode servir de instrumento para retirar a responsabilidade penal das pessoas que estão no topo empresarial (*riskshifting*). Mas de qual forma? Para responder isso, fundamentaremos dois pontos centrais - conceito de criminal *compliance* e formas de responsabilidade da pessoa jurídica – e depois relacionaremos ao nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, podemos descrever (saindo daquele conceito genérico do *compliance: tocomply*) que os programas de *compliance* são institutos, através dos quais as pessoas jurídicas acolhem medidas que visam assegurar o cumprimento das regras vigentes (prevenção), bem como visam detectar e sancionar as irregularidades de seus colaboradores – tais quais: os funcionários da empresa e terceirizados (sanção). Essas funções – prevenção e sanção – possuem como ideia central a diminuição (ou “contenção”) dos riscos presentes no ramo empresarial (de melhor forma: dos eventos prejudiciais à empresa).

Para tanto, tais programas, de acordo com Souza (2018), sejam anteriores ou posteriores ao risco empresarial, buscam reforçar valores, indicar regras de conduta, apontar orientações concretas, criar mecanismos para descoberta e tratamento de irregularidades em âmbito empresarial, condicionar a celebração do negócio (através de uma boa imagem empresarial, por exemplo). Sendo assim, eles tornam-se formas concretas de autorregulação e autofiscalização empresarial.

Quando estamos a falar dos programas *compliance* em âmbito penal, a autorregulação e autofiscalização relacionam-se com a “privatização do controle de criminalidade” e “privatização da tarefa de investigar ilícitos penais” (Montiel, 2013; Nieto Martín, 2013). A partir dessas privatizações fica perceptível o propósito primordial dos programas de *compliance* em âmbito penal (criminal *compliance*) – a prevenção e o combate da criminalidade em âmbito empresarial.

Enquanto os programas de criminal *compliance* possuem a finalidade de estabelecer regras que visam assegurar a prevenção e o combate da criminalidade empresarial, através da autorregulação e autofiscalização do ente coletivo; não se pode desconstituir que eles também se fundamentam aos critérios de responsabilidade penal – ou da irresponsabilidade – tanto do ente coletivo quanto de agentes empresariais específicos (nesse último caso, já descrito no capítulo anterior).

Na responsabilidade do ente coletivo (jurídica), os programas de *criminal compliance* podem ter implicações no contexto da imputação, da sanção e do processo penal, na medida em que eles se relacionam de forma anterior ou posterior ao fato criminoso (Souza, 2018). De melhor forma, tal instituto relaciona com o fundamento moderno da responsabilidade da pessoa jurídica: a autorresponsabilidade e a heterorresponsabilidade (Dias, 2007; Faria Costa, 1998; Laufer, 2006; Brito, 2018).

A responsabilidade do ente coletivo (jurídica) – nosso segundo ponto – fundamenta-se nessa autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade. Mas como podemos defini-las? Nossa resposta liga-se à capacidade de a pessoa jurídica poder agir (ou não) com culpa.

A heterorresponsabilidade fundamenta a responsabilidade da pessoa jurídica no crime realizado pela pessoa da organização, em nome de sua empresa e de interesse dessa, como os seus representantes. Enquanto o funcionário, parte da empresa, comete o crime no exercício da sua função e no interesse da empresa, tal pessoa jurídica é imputada por esse crime, atendendo a relação especial entre a pessoa física e a jurídica – aquela inicia a atuação e vontade desta. Nesse modelo, o programa de *compliance* relaciona diretamente (mas não só) com o cálculo da pena (diminuição da sua pena).

A autorresponsabilidade, por sua vez, fundamenta-se na culpa da pessoa coletivo de forma autônoma, distinta e diferenciada da pessoa singular. Aqui o programa de *compliance* pode se relacionar, como ponto essencial da teoria do crime, diretamente no defeito da organização, por exemplo, comprovando a existência da culpa da pessoa jurídica (Souza, 2019; Silva Sanchez, 2013).

Dentro desses dois modelos, podemos citar um exemplo no ordenamento jurídico estrangeiro.

O ordenamento jurídico português, por exemplo, traz um modelo heterorresponsabilidade de imputação do fato criminoso para o ente coletivo. E assim o descreve art. 11.º do Código Penal de Portugal (disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>): “[...] As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos [...]”. Em seguida, elenca quais crimes as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas (art. 11.º) e quais formas para uma possível condenação da pessoa jurídica (art. 11.º, *a* e *b*, do CP de Portugal)

Os programas de *compliance*, consequentemente, podem ser fundamentados nos seguintes artigos do ordenamento jurídico português: no art. 71º do Código Penal (Determinação da medida da pena), no art. 69 da Lei n. 19 de 2012 (Regime Jurídico da Concorrência) ou ainda no art. 11º/6 do CP – “na afirmação ou negação de um ilícito-típico coletivo e da culpa coletiva por este ilícito.” Reforçando: a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito penal aqui pode ser excluída (também a dos dirigentes) com base no programa eficiente do *compliance* pré ou/e pós o fato criminoso.

Desta forma e com base nesses artigos, o programa de *compliance* estabelece as possíveis regras e consequências: (1) revela que o fato punível do funcionário não tem ligação com a empresa, não foi cometido no “interesse coletivo”, mas sim contra ela. Nessa primeira regra, há duas consequências – (1.a) fato punido praticado contra a ordem ou instruções expressas dos dirigentes; (1.b) a empresa cumpriu seus deveres de vigilância e controle sobre as atividades dos subalternos.

Como segunda regra do programa de *compliance* nesse ordenamento, percebe-se que (2) se o programa do *compliance* não foi eficiente, não é possível a empresa ser responsabilizada penalmente pelo o crime (e principalmente não sendo também os dirigentes), mas sim é possível responsabilizá-la por falhas em um *compliance* ineficiente.

Em regra, o programa de *compliance* pode ser visto da seguinte forma base: a empresa e os dirigentes fizeram o necessário para o crime não acontecer dentro da empresa, ela e seus diretores são contra a realização dos crimes pelos seus funcionários; se os agentes subalternos cometeram certos crimes, foi contra o “interesse coletivo” da empresa (e de seus dirigentes). Junto a isso, a empresa e a alta administração não podem ser responsabilizados penalmente, porque eles (ente coletivo e alta administração) são responsabilizados apenas por uma “falha” no sistema do *compliance*, e não por um crime pela empresa.

Através dessas regras (principalmente da “falha” no sistema), a vontade e consciência na realização de um crime desaparecem, o controle sobre o “domínio do fato” também, bem como a própria questão pura da autoria e participação tornam-se mais difíceis de comprovação. Logo, afasta a responsabilidade penal dos dirigentes, principalmente, quando descrita sua autoria ou participação.

Embora essa regra anterior seja crítica, o *compliance* é necessário sim. Ou melhor, a busca no combate à criminalidade empresarial, a busca por um direito penal eficiente, é sim relacionado com o *criminal compliance*. Entretanto, para buscar e aplicar um programa de *compliance* realmente eficiente, um programa de *compliance* que não sirva para retirar as responsabilidades dos dirigentes e até da própria empresa, é necessário o aprofundamento do tema.

Desta maneira, é perceptível que a forma como a responsabilidade do ente coletivo é tratada pelos ordenamentos jurídicos altera o funcionamento dos programas de *compliance*. Sendo assim, precisamos entender a questão de autorresponsabilidade ou heterorresponsabilidade no Brasil, relacionando-o com o programa de *compliance* e interligando-o com a imputação da alta administração – os dirigentes e administradores.

3.1 A responsabilidade penal do ente coletivo, o programa do *compliance* e a imputação dos dirigentes e administradores.

Ao descrever a responsabilidade penal jurídica no ordenamento brasileiro, relacionamo-la com os crimes ambientais. Nessa ligação, verificamos tanto fundamento para a heterorresponsabilidade quando a autorresponsabilidade e, subsequentemente, a relação com o programa de *compliance*.

Em primeiro lugar, podemos delimitar que sim, é possível a pessoa jurídica ser responsabilizado no âmbito penal. Dado as regras descritas na CF (veja: art. 225, §3º), sua possibilidade encontra-se na matéria ambiental. Para tanto, a Lei nº 9.605/98 regulamentou sua possibilidade em um modelo de heterorresponsabilidade (art. 3º). Vincula-se aqui a decisão dos funcionários no cometimento de crime com a possível responsabilidade da pessoa jurídica. Desta forma, encaminhava o entendimento jurisprudencial, Recursos Especial nº 564969/SC e 889.529, por exemplo - qual seja: a necessidade da dupla imputação.

Todavia, com o Recurso Extraordinário nº 548181/PR, tal entendimento foi alterado. Isto é, no primeiro momento, havia a necessidade e obrigação de uma dupla imputação: “admite a responsabilidade da pessoa jurídica em crimes ambiente desde que a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física” (Recurso Extraordinário nº 548181/PR, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>). No segundo momento, por outro lado, surgiu a desvinculação da dupla imputação.

A mudança de paradigma é relacionada diretamente com o novo entendimento sobre a Constituição Federal. De melhor forma: “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação” (Constituição Federal do Brasil, 1988).

Sendo assim, começou a entender que não condenar o agente empresarial não obriga seguir o mesmo entendimento para a pessoa jurídica. A condenação desta está aquém da condenação daquela. É aí que o programa de *compliance* pode fundamentar uma responsabilidade.

Se é possível condenar a empresa de forma autônoma, é possível relacionar o programa de *compliance* diretamente com a relação da culpa da empresa. O *compliance* funciona como o “ser pensante” da empresa, previne e investiga os crimes empresarias. Claro que a falta de um *compliance* eficiente na prevenção (e sempre presente antes do fato criminoso) traria responsabilidade penal para empresa. Essa linha de pensamento relaciona diretamente com a culpa da pessoa coletiva pelo defeito da organização, conforme proposto por Tiedemann (2008) e outras proposta de autorresponsabilidade da pessoa jurídica (Dias, 1998; Laufer, 2006; Brito, 2018).

Na verdade, o que podemos e devemos relacionar o *compliance* aqui é que ele pode sim relacionar com a responsabilidade da pessoa jurídica, mas não deve ser um instrumento para retirar a responsabilidade da alta administração e recolocá-la na empresa. Tal ideia é construída de forma semelhante do projeto do novo Código Penal, PSL 236/2012, §1º, art. 41 (depois de algumas modificações): “§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas” (Projeto de Lei do Senado nº 236, 2012).

Ou seja, o programa de *compliance*, ao relacionar com a heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais, pode ser fundamento para a culpa da pessoa jurídica pelos crimes ambientais, bem como,

conforme a Lei nº 9.605/98, ser forma para atenuação ou agravamento da penal. Por exemplo, no art. 14, II e IV, da Lei 9.605, “arrependimento do infrator”: implantando um *compliance* eficaz; “colaboração”: disponibilidade dos documentos investigativos do setor do *compliance* da empresa para os órgãos de vigilância e controle”. Outrossim, por exemplo, na não agravamento, art. 15, II, *p*, da Lei 9.605: comprovando pelo setor de *compliance* que não era interesse da empresa cometer o crime.

Consequentemente, através do setor do *compliance* como mecanismo de culpa ou como instrumento de atenuação ou agravamento da pena da Lei nº 9.605/98, é possível reduzir ou até inocentar a pessoa jurídica das respectivas penas descritas no art. 21 e ss. da Lei 9.605. Há de se pensar que aqui o programa do *compliance*, conforme já transcrito, relaciona diretamente com a pena ou a culpa somente da empresa – da responsabilidade penal da empresa por crime ambientais, de uma autorresponsabilidade. Não deve, portanto, alterar a responsabilização da alta administração e deve sempre ser instrumento para uma melhor investigação dentro do âmbito empresarial.

4 Considerações Finais

O estudo tentou mostrar que o *compliance* pode ser visto não como um instrumento ético, mas sim um problema muito sério de imputação penal dos dirigentes empresariais. Essa ideia passa por aquilo que é definido como *riskshifting*— instrumento para retirar (modificar) a responsabilidade penal das pessoas que estão no topo empresarial. Tal estratégia empresarial foi analisada em dois pontos: a relação da alta administração (1) com o *compliance officer* e (2) com o programa do *compliance*.

No primeiro ponto, analisou a verificação do dever de evitar dos diretores com o *compliance officer*. Demonstrando a existência do dever de garantia dos diretores, analisou a possibilidade de transferência ou modificação dela para os membros denominados *compliance officer*. Sendo assim, verificou uma estrutura nova – há presença de um dever originário dos administradores e diretores e um dever derivado do *compliance officer*, v.g.. Nesse sentido, compreende um novo conceito de garantia, diferentemente das regras estabelecidas no art. 13, §2º do CP. Mesmo assim, o estudo demonstrou possíveis saídas válidas para esse dever derivado do *compliance officer*.

No segundo ponto, aprofundou o tema na relação alta administração com o programa do *compliance*. Nisso, verificou que o programa de *compliance* pode relacionar com a responsabilidade da pessoa jurídica e, consequentemente, tentar ser fundamentado para “alterar” a responsabilidade da alta administração. Afinal, a vontade e consciência do dolo, a sua intenção no cometimento do crime, pode ser reanalisada e, assim, afastada de uma possível imputação penal da alta administração.

De que forma? Entendemos que existe uma dificuldade da imputação penal em condutas comissivas e omissivas dos superiores empresariais – quais sejam: a imputação por autoria mediata, coautoria, participação por crimes comissivos ou omissivos (v.g., uma ordem para seu funcionário cometer o crime). Sendo assim, no momento que uma empresa tem um programa de *compliance* (eficiente ou não), antes da realização de um crime pelos seus funcionários, o *compliance* pode ser fundamento para a alta administração comprovar (ou melhor, funcionar como

mecanismo para tanto) que a conduta criminosa de seu funcionário não relaciona com a empresa e com a alta administração

Afinal, a conduta criminosa (1) não tem ligação com a empresa, não foi cometido no “interesse coletivo”; que (2) foi contra a ordem da empresa; que (3) a empresa cumpriu seus deveres de vigilância e controle sobre as atividades dos subalternos; que (4), por o programa de *compliance* não ser eficiente, a alta direção somente deve ser responsabilizada por falhas em um *compliance* ineficiente, e não por uma suposta intenção de cometer o crime. Ou seja, é possível afastar a demonstração da intenção dos agentes superiores e também da própria imputação por autoria e participação por condutas comissivas ou omissivas deles.

Embora esses apontamentos são, em si, problemáticos para o instituto do *compliance*, a conclusão sobre o criminal *compliance* é óbvia: ele deve existir e deve-se buscar uma validade de sistema no nosso ordenamento, sempre buscando a eficácia do direito penal e o respeito aos princípios fundamentais, proibindo o instituto a ser relacionado ao *riskshifting*.

- Baigun, D. (2000). *La responsabilidad pena de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma.
- Brito, T. Q. (2018). *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In Palma, M. F., Dias, A. S. & Mendes, P. S. (Coord.). *Estudo sobre law enforcement, compliance e direito penal* (pp. 57-100). Lisboa: Edição Almedida S.A..
- Brito, T. Q. (2014). Relevância dos mecanismos de "compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, In *Anatomia do crime* (pp. 75-91, Nº 0, jul-dez).
- Dias, J. F. (2007). *Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Faria Costa, J. A. & Costa, M. (1998). Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários* (vol. 1). Coimbra: Coimbra Editora.
- Faria Costa, J. A. (1998). Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas, à luz do direito penal. In *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários* (vol. 1). Coimbra: Coimbra Editora.
- Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo. In *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch.
- Geraldo, T. (2018). A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In Palma, M. F., Dias, A. S. & Mendes, P. S. (Coord.). *Estudo sobre law enforcement, compliance e direito penal* (pp. 267-302). Lisboa: Edição Almedida S.A.
- Gimbernat Ordeig, E. (2001). Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. In *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. LIV).
- Heine, G. (2006). Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In *Modelos de auto responsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas* (ed. Carlos Gómez-Jara Díez, pp. 25-67)). Navarra: Thomson & Arazindim.
- Jakobs, G (1997). *La competencia por organización en el delito omisivo*, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.

- Lascarais, S. (2014). Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). In Santiago, M. P. et al. *Responsabilidad de la Empresa y compliance*. Montevideo/Buenos aires: Editorial Bde F.
- Laufer, W. S. (1999), *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of compliance* (52 Vald. L. Rev. 1341).
- Laufer, W. S. (2006). La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. In Jara Diéz, C. G. (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- Lima, R. B. (2019). *Manual de processo penal* (vol. único. 7. ed. rev., ampli. e atual). Salvador: Ed. JusPodivm.
- Mendes, P. S. (2018) *Law Enforcement & Compliance*. In Palma, M. F., Dias, A. S. & Mendes, P. S. (Coords.). *Estudo sobre law enforcement, compliance e direito penal* (pp. 11-20). Lisboa: Edição Almedida S.A.
- Monaner Fernández, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier.
- Montiel, Juan Pablo (2013). Autolimpieza empresarial: *Compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In Kuhlen, L., Montiel, J. P., & Gimeno, I. O. U. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieto Martín, A. (2013). Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. In *Diário LA LEY* (n. 8120, p. 7, 5 julio).
- Peres, M.-B. (2015). *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodrigues, A. M. (2018). *Compliance programs and corporate criminal compliance* (vol. 2, nº 1, jan). PoLaR – Portuguese Law Review.
- Sieber, U. (2013). Programa de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica (Vásquez, M. A. A. trad). In Zapatero, L. A. & Martín, A. N. (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. València: Tirant lo Blanch.
- Silva Sanchez, J. M.. *¿Derecho penal regulatorio?* Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/293084/381595>.

- Silva Sanchez, J. M. (2013). *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer.
- Sousa, S. A. (2009). *Os crimes fiscais. Analise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do Discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Sousa, S. A. (2018). *Compliance e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. In Silva, M. A. M. (Coord.). *Corrupção, Ética e Cidadania*. São Paulo: Quartier Latin.
- Sousa, S. A. (2019). *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Edições Almedina S.A.
- Schünemann, B. (2002). Responsabilidad penal enel marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (vol. LV).
- Tiedemann, K. (2008). Nuevas tendências em la responsabilidade penal de personas jurídicas. In *Dogmática penal del tercer milênio: Livro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lina: Ara.