

# **V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

**ANDRÉA FLORES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andréa Flores; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-488-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

Em uma tarde de sexta-feira do outono brasileiro, o Grupo de Trabalho no âmbito do qual foram apresentados os textos reuniu-se, virtualmente, a fim de debater temas contemporâneos e que desafiam a dogmática penal e processual penal.

Presentes juristas e acadêmicos de todo o país, foram apresentados, abordados e discutidos assuntos ecléticos, de repercussão nacional e internacional, e que versam, sob a ótica do direito material, desde a aplicação de medidas de segurança para fatos alheios à matéria penal até a criminalidade empresarial. No âmbito do direito processual penal, desde o rito do júri até o instituto do Acordo de não Persecução Penal.

Cada um dos temas será apresentado doravante, a fim de que, como sói ocorrer com os Anais de Encontros e Congressos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, possam servir de importante fonte de consulta para acadêmicos e profissionais do Direito. Afinal, as publicações do CONPEDI e, em especial, as do GT de Direito Penal, Processual Penal e Constituição I transformaram-se em manancial indispensável de informações críticas e atuais do atual cenário jurídico do país no tocante às ciências penais.

Os leitores perceberão, com a leitura dos textos, o engajamento e comprometimento dos autores com a transformação social e com a aproximação cada vez mais desejada do direito e do processo penal com a Constituição Federal de 1988.

São os seguintes os temas que compõem o presente livro:

O primeiro bloco reuniu trabalhos sobre: “A Composição dos Conselhos de Justiça Militar e a Democracia” que trouxe como conclusão o caráter democrático dos Conselhos da Justiça Militar tendo em vista a sua composição mista, formada por juízes militares e civis, garantindo-lhe maior legitimidade às decisões; “A hiperexposição pessoal e o direito ao esquecimento e à intimidade” trazendo como conclusão que a sociedade da informação atual trouxe mudanças quanto ao direito à privacidade, incluindo o direito ao esquecimento e o direito à intimidade; “A identificação genética como prova no processo penal: os limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação” concluindo que a lei deve ser alterada a fim de que se crie um banco de dados com a identificação genética de todas as pessoas e não somente daqueles que já praticaram crimes; “A omissão penalmente

relevante e a função de garante do compliance officer ambiental” onde se concluiu que o compliance officer embora exerça a função de garante quanto à responsabilização pela omissão imprópria deve ter tal responsabilização restringida pelo conceito de ação e pela teoria da imputação objetiva; “A prática da pedofilia: Estatuto da Criança e do Adolescente, crimes virtuais e à dignidade humana” que mostrou a relevância e necessidade de se combater a pedofilia virtual; “Apontamentos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária” defendendo a responsabilização dos entes jurídicos e a previsão de novas formas de sanção; “Pichação e crime: uma interpretação crítico-sociológica” sugerindo uma nova abordagem às ações dos pichadores, em especial, quando não envolvam dano a particulares.

Após as ponderações feitas nesse primeiro bloco, seguiu-se para a apresentação de outros, distintos e interessantes trabalhos. As variadas temáticas demonstram, com afinco, a grande das produções científicas no campo do Direito pelo Brasil. Destaque para os artigos sobre a aplicação da insignificância nos tribunais superiores; sobre os programas de integridade nas corporações e os fundamentos do direito penal econômico; sobre a maternidade no cárcere; sobre o Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia e a garantia da motivação das decisões judiciais; e sobre a tutela dos interesses difusos à luz do Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e Direito de Intervenção.

Decerto, aqui estão as publicações que imprimirão vida a tantas pesquisas vocacionadas a pensar, instigar e redimensionar conceitos, práticas e mentalidades! Que esses anais sejam lidos, refletidos e iluminem o campo do Direito!

Avante!

## A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE E A FUNÇÃO DE GARANTE DO COMPLIANCE OFFICER AMBIENTAL

### THE RELEVANT CRIMINAL OMISSION AND THE FUNCTION OF GUARANTEE OF THE ENVIRONMENTAL COMPLIANCE OFFICER

Renato Dilly Campos <sup>1</sup>  
Émilien Vilas Boas Reis <sup>2</sup>  
Felipe Gomes Carvalho

#### Resumo

Com o avanço da tipificação, surgiu a figura do Compliance Officer como o responsável pela implantação das medidas de integridade. Há discussão sobre possibilidade deste figurar como garante e quais os limites de sua responsabilidade. O objeto desta pesquisa é verificar a possibilidade de entendimento do Compliance Officer como garante e quais os limites desta responsabilização. A metodologia utilizada foi qualitativa, explicativa, aplicada. Ao final, concluiu-se o Compliance Officer exerce efetivamente a função de garante no que tange à responsabilidade pela omissão imprópria. Porém, a responsabilização deve ser restringida pelo conceito de ação, bem como pela teoria da imputação objetiva.

**Palavras-chave:** Omissão delitiva, Compliance officer, Teoria da imputação objetiva, Legitimidade

#### Abstract/Resumen/Résumé

The figure of the Compliance Officer has emerged as responsible for the implementation of integrity measures. There is discussion about the possibility of the role as a guarantor and the limits of liability. The object of this research is verify the possibility of understanding the Compliance Officer as guarantor and the limits of this liability. The methodology used was qualitative, explanatory, applied. It was concluded that the Compliance Officer effectively performs the role of guarantor and have responsibility for improper omission. However, accountability must be constrained by the concept of action as well as by the theory of objective imputation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal omission, Compliance officer, Objective imputation theory, Legitimacy

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em Direito das Relações Sociais e Econômicas pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Universitário.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Filosofia pela Universidade do Porto/Portugal (UP). Doutor e Mestre em Filosofia pela PUC-RS. Graduado em Filosofia pela UFMG. Professor adjunto na ESDHC em nível de graduação e pós-graduação.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do avançar das tecnologias e da conseqüente maior complexidade da atividade econômica exercida, as relações sociais se tornaram mais sofisticadas e arriscadas, sendo necessários mecanismos de controle mais robustos no intuito de se evitar condutas desviantes que culminem em danos sociais.

Nesta toada, surgem a governança corporativa e o compliance como instrumentos determinantes de tomadas de decisões empresariais, pautados em técnicas de segurança na tomada de escolhas no ambiente da empresa. Assim, o Compliance officer se tornou uma figura comum nas organizações empresariais dos dias atuais. Este agente tem como função a manutenção, instauração e fiscalização dos instrumentos de compliance aplicados, bem como tem o dever de aprimorá-lo, quando identificar inconsistências.

Porém, esta figura cria problemas dogmáticos no Direito Penal, quando se analisa qual a responsabilidade do compliance officer pela conduta omissiva imprópria. Seria possível responsabilizar este agente pela omissão em evitar os delitos cometidos dentro do sistema da empresa?

Este trabalho, portanto, detém relevante importância, visto que a responsabilidade penal do compliance officer, se entendido como existente, imporia o dever de agir para evitar o resultado deste agente e, neste cenário, deveria o dever de agir ser precisamente delimitado, para que se evite a responsabilização objetiva.

Com esta pesquisa, pretendeu-se analisar a responsabilidade do compliance officer pela omissão imprópria, delimitando esta responsabilidade de acordo com os paradigmas de legitimidade do direito penal em um estado democrático de direito.

O marco teórico adotado a teoria do funcionalismo-teleológico, que determina a normatividade do conceito de ação, bem como a adoção da teoria pessoal da ação. Para além disto, no que tange a responsabilidade do agente pela conduta omissão, adotou-se a teoria da imputação objetiva. A escolha de ambas as teorias reflete o dever Estatal de respeito às garantias individuais, insculpidas principalmente pelo Princípio da Legalidade e o Princípio da Vedação à Responsabilidade Objetiva.

Utilizou-se o método lógico-indutivo, em pesquisa bibliográfica, sob a ótica da teoria funcionalista teleológica, para se embasar a possibilidade de entender a supraindividualidade do bem jurídico como instrumento legítimo de proteção dos valores sociais pela tutela criminal.

Por fim, este artigo fez uso da pesquisa qualitativa, utilizando-se da revisão bibliográfica e de conteúdos científicos disponibilizados em periódicos on-line para obtenção e articulação dos fundamentos que possibilitaram a conclusão atingida.

## **2 GOVERNANÇA CORPORATIVA, COMPLIANCE AMBIENTAL E COMPLIANCE OFFICER**

A governança corporativa pode ser entendida como o conjunto de mecanismos, diretrizes, instruções que coordenam e objetivam a melhor tomada de decisões dentro do ambiente empresarial. (CARVALHO, 01, p. 19) Portanto, governança corporativa é diretamente ligada à tomada de decisão no ambiente empresarial. O sentido da própria palavra é se conceitua por “vontade de fazer o que foi pedido, ou de agir ou estar em concordância com as regras, normas disposições legais e condições” (BLOK, 2020, S/N)

No que tange a sua conceituação, não há grandes desafios na compreensão do que se constitui a governança corporativa, sendo certo que a tomada de decisões corretas pela empresa encontra maiores desafios na sua aplicação prática, do que propriamente na compreensão do que trata o conceito.

Não obstante, convém lembrar que a governança corporativa não está exclusivamente ligada à tomada de decisão que impliquem em custos empresariais. Um de seus objetivos é também “facilitar o acesso ao capital para investidores e também empreendedores (...) para que possam se obter financiamentos por meio da abertura de capital” (ASSI, 2018, S.P)

Após estudos aprofundados acerca das empresas brasileiras em pesquisas realizadas pelo IBGC e pela MCKINSEY & COMPANY e KORN/FERRY INTERNATIONAL, foi possível identificar um modelo geral dos instrumentos de governança brasileiro: (SILVEIRA, 2002, p.44):

- Estrutura de propriedade com forte concentração das ações com direito a voto (ordinárias) e alto índice de emissão de ações sem direito a voto (preferenciais);
- Empresas com controle familiar ou compartilhado por alguns poucos investidores alinhados por meio de acordo de acionistas para resolução das questões relevantes;
- Presença de acionistas minoritários pouco ativos;
- Alta sobreposição entre propriedade e gestão, com membros do conselho representando os interesses dos acionistas controladores;
- Pouca clareza na divisão dos papéis entre conselho e diretoria, principalmente nas empresas familiares;
- Escassez de conselheiros profissionais no Conselho de Administração;
- Remuneração dos conselheiros como fator pouco relevante;
- Estrutura informal do Conselho de Administração, com ausência de comitês para tratamento de questões específicas, como auditoria e sucessão. (SILVEIRA, 2002, p.44)

Mesmo com todos estes óbices à escoreita sistematização da governança corporativa adequada no Brasil, certo é que muito se evoluiu nos últimos 18 anos com a evolução da pulverização do mercado imobiliário, muito incentivada pela queda dos juros remuneratórios sob capital especulativo. Não bastasse, o advento do novo mercado, e das atividades regulatórias da CVM e do BACEN muito contribuíram para a evolução da governança empresarial no mercado de valores mobiliários.

Porém, já naquela época (idos de 2002), após extensa pesquisa qualitativa, Silveira já constava que a existência de modelos de governança corporativa interfere diretamente no valor da companhia, não sendo possível precisar sua influência no desempenho da atividade. (SILVEIRA, 2002, p. 134)

Em suma, a governança corporativa em muito colabora para a tomada de decisões conscientes, considerando a sistematização e institucionalizado do processo decisório interno, protegendo os interesses da própria companhia que, como é bastante evidente, podem discernir dos interesses daqueles que a controlam.

Mas, complementando a governança corporativa e não se resumindo a ela, nos últimos anos adotou-se no país, em decorrência de uma influência mundial, instrumentos de Compliance, que atualmente permeia a administração empresarial e modifica a sistemática jurídico pátrio.

O Compliance pode ser entendido como um conjunto “de métodos de adequação – pela adoção de normas e processos internos – da atividade empreendedora privada e pública aos sistemas jurídico, técnico-científico e ético que lhes sejam concernentes.” (OLIVEIRA, COSTA e FORTINI, 2018, p. 54)

Portanto, o Compliance não deve ser confundido com a governança corporativa. Enquanto o primeiro se preocupa com a obediência às regras e prevenção dos riscos empresariais, a segunda cuida de coordenar o procedimento de tomada de decisões. Portanto, esta é mais abrangente do que aquele.

O Compliance possui a função de redução de riscos de inconformidades, tanto pelo desconhecimento dos regulamentos normativos que englobam a atividade, como em função da desobediência dolosa ao arcabouço normativo. Neste sentido, o Compliance deve ser:

mais do que um simples setor dentro de uma corporação, ele passa a ser uma postura adotada pelos agentes de uma empresa, seja ela no setor financeiro, comercial ou ambiental, tendendo a aplicação da norma com transparência, fidelidade aos códigos de ética empresariais, ao cumprimento e adequação das normas jurídicas. (GOMES, OLIVEIRA, 2017, p. 191)

No contexto ambiental, os instrumentos de Compliance se mostram cada dia mais necessários. Este possui o objetivo de minorar riscos ambientais tangenciados pela empresa. Deve se ter em conta que os riscos ambientais empresariais não se limitam à relação entre a produção empresarial e os impactos ambientais causados pela atividade. O meio ambiente do trabalho (que envolve as condições de salubridade do ambiente de trabalho) e o meio ambiente artificial (detentor das edificações e construções da atividade econômica) também estão incluídas no objeto do Compliance ambiental. (SEGAL, 2018, p. 7)

Aliados aos melhores modelos de governança empresarial, a instituição de instrumentos de controle e minoração de riscos se apresenta como um eficaz aliado na evitação de conflitos e conseqüentemente prejuízos à organização empresarial.

Cada instrumento de Compliance é único, devendo observar as peculiaridades da atividade econômica em comento. Medidas de seguranças muito severas podem, desnecessariamente, acabar inviabilizando economicamente a operação desenvolvida, enquanto medidas muito frouxas podem não atingir o objetivo proposto pelo Compliance, colocando em risco os stakeholders e a própria manutenção da empresa no mercado.

Para manutenção deste um mínimo controle de qualidade, surgiram nos últimos anos, sistemas de apuração técnica de gestão e mensuração dos riscos (tais como COSSO I, ISO, entre outros), de modo a tornar o mais objetiva possível a instauração e fiscalização da qualidade dos instrumentos de Compliance aplicados à atividade empresarial (HORTENSIUS e BLECKER,

2014, S/N). Este ponto, conforme veremos no tópico posterior, possui relevância na apuração de responsabilidade criminal na conduta omissiva.

Por fim, em alguns instrumentos de Compliance mais aprofundados, há a função do Compliance officer. Conforme Guimarães, citando Benedetti, estes agentes são “profissionais, dotados de expertise técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa, com o objetivo de prevenir ou minimizar os riscos da responsabilidade legal” (GUIMARÃES, 2020, p.47)

O objetivo do Compliance Officer, conforme MARTINS e LOBATO:

Desenvolver e gerir o programa de integridade, criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa. (LOBATO; MARTINS, 2016, p. 12-14)

Não obstante, as condutas destes agentes, cujo papel social é novidade para o Direito Penal moderno, tem gerado divergências doutrinárias no que tange às condutas omissivas impróprias, mormente com relação à Teoria do Domínio do Fato, muito aceita pela jurisprudência brasileira, mas que, no caso em análise, exige ponderação, sob pena de se aceitar responsabilidade objetiva em âmbito penal.

### **3 A OMISSÃO PENAL NO DIREITO CRIMINAL ECONÔMICO E OS CRIMES AMBIENTAIS**

A omissão imprópria penalmente relevante é tema de profundo estudo no Direito Penal moderno. Muito se discute a relação causal entre a omissão e o fato penalmente punível de modo a justificar uma intervenção penal legítima. No ambiente empresarial, esta relação entre omissão dolosa e resultado antijurídico é bastante complexa, tendo em vista a estrutura hierárquica (muitas vezes transnacional) adotada pelas empresas no cenário moderno.

Os crimes omissivos impróprios se caracterizam pela imputação de um dever de cuidado, pautado na responsabilidade de tomar as condutas necessárias para se tentar evitar o resultado antijurídico. Neste sentido, explica Araújo Neto: “Nos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, o agente tem a obrigação de agir para impedir um resultado. Significa dizer, deve atuar com o objetivo de evitar que determinado evento ocorra” (ARAÚJO NETO e COSTA, 2020, p. 99)

Destarte, a responsabilidade penal da conduta omissiva implica em uma escolha do legislador, na qual se pune o agente que possuía o dever de agir para tentar evitar o resultado, mas assim não se comporta intencionalmente.

Nos crimes omissivos próprios (que não são objeto desta pesquisa) o dever de agir se encontra descrito no próprio tipo legal, enquanto nos delitos comissivos por omissão, a descrição é trazida de maneira genérica na parte geral da legislação criminal. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, determina em quais situações é imputado o dever de agir para os crimes omissivos impróprios. São elas:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Destarte, ao que interessa ao presente artigo, é necessário compreender se há responsabilidade do Compliance officer pelas omissões relativas à conduta ambiental. Assim, delimita-se o objeto de estudo à hipótese de assunção de responsabilidade de impedir o resultado, conforme previsto na alínea “b”, do §2º do artigo 13 do Código Penal.

Sobre esta questão é de se concluir que o Compliance officer, entendido como aquele agente alheio à hierarquia empresarial, incumbido de instaurar mecanismos de minoração de riscos jurídicos da atividade econômica e de fiscalizar a sua escorreita aplicação, exerce a

função de garante, sendo sujeito às responsabilidades criminais decorrentes da inobservância do dever inerente à função. (TAVARES, 2018, p. 327)

Porém, não basta que o agente simplesmente ocupe o cargo de Compliance officer para que seja automaticamente responsabilizado pelos delitos cometidos pelos prepostos da empresa. Entender desta maneira seria permitir a responsabilização independentemente de dolo ou culpa, o que é vedado pela doutrina penal (princípio da vedação da responsabilidade objetiva).

Neste sentido, necessário analisar e fixar quais condutas omissivas podem ser objeto de responsabilização criminal legítima, dentro do contexto de atuação do Compliance officer.

Claus Roxin entende a ação humana como uma manifestação da personalidade do agente (ROXIN, 1997, p. 235). Explicando este conceito, ZINI demonstra:

(...) o conceito pessoal de ação, apresentando-o como um conceito funcional e unitário. Seu fim político-criminal é identificar o sujeito ao qual pode ser imputada a ação. A unidade da ação é dada pela identidade ao aspecto valorativo. É, portanto, um conceito normativo. (ZINI, 2015, p. 95/97)

Desta forma, a orientação trazida pela teoria do funcionalismo-teleológico de Roxin é direcionada à consideração dos aspectos valorativos da política criminal miscigenada à doutrina jurídico-penal. Neste sentido, o Direito Penal deixa de ser um sistema neutro (ontológico) e passa a considerar os valores e conflitos sociais na aplicação e gênese da norma penal. (SCALCON, 2011, p. 175/179)

Sendo assim, a conduta omissiva diante deste conceito de ação dependeria de duas condicionantes: **(i)** expectativa de ação, determinada pela expectativa social de conduta ou, mesmo, tipicamente prevista; **(ii)** capacidade individual de ação. Esta última, pressupõe a capacidade corporal, a presença corpórea e os recursos técnicos. (ZINI, 2015, p. 97)

Por conseguinte, a expectativa de ação nos crimes omissivos impróprios brasileiros, é socialmente determinada, visto os parâmetros genéricos do §2º do artigo 13 do Código Penal. O que impõe desafio doutrinário e hermenêutico é justamente a condição de capacidade de ação, o que, em outras palavras significa, possibilidade de agir para evitar o resultado.

Neste sentido, muito se discutiu, e se viu na jurisprudência, a aplicação da teoria do domínio do fato como uma solução apta a resolver o problema das condutas omissivas dentro da estrutura empresarial.

Explicando a teoria do domínio do fato, Alflen disserta:

Roxin, no entanto, desenvolve a ideia de domínio do fato sob o argumento de que “o autor é a figura central (“Zentralgestalt”), a figura chave (“Schlüsselfigur”) do acontecimento mediado pela conduta”<sup>20</sup>, o autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“Ausführungsgeschehen”), isto é, “a figura central da conduta executória” (“Ausführungshandlung”) <sup>21</sup> e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”<sup>22</sup>. Daí referir ser autor aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”<sup>23</sup>, de modo que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”<sup>24</sup>. Para Roxin, portanto, o domínio do fato é critério suficiente para determinar a autoria. (ALFLEN, 2014, p. 141)

Neste sentido a teoria do domínio, simploriamente, se reduziria ao juízo de se o agente, cujo dever socialmente imposto de evitar o resultado era vigente, tinha condições de evitar o resultado antijurídico. A crítica a utilização desta teoria para responsabilizar os agentes por omissão dentro da hierarquia empresarial é bastante óbvia: todo Compliance Officer detém poder para evitar o resultado antijurídico, visto que ele possui o dever de implantar e fiscalizar internamente o sistema de Compliance.

Assim, ao se questionar se o agente domina o fato e poderia evitar o resultado, a resposta será sempre positiva para o Compliance officer, o que imporia a este agente o dever de antever toda conduta criminosa praticada no bojo da empresa, sob pena de sua responsabilização por omissão, o que se iguala a vedada responsabilização objetiva. Por estes motivos, não é aplicável (ou não deveria sê-lo) a teoria do domínio do fato para as condutas omissivas praticadas pelo Compliance Officer.

Melhor, nestes casos, a utilização da imputação objetiva. Conforme esta teoria:

Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (2.1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2.2), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (2.3). (ROXIN, 2002, p.2)

Assim, segundo a teoria da imputação objetiva, a conduta omissiva do agente somente será passível de responsabilização criminal, quando ele desobedecer a um dever objetivo de cuidado, quando o perigo causado por esta desobediência se consubstanciar em dano e, por fim, se este dano for resultado antijurídico.

Como visto, a teoria da imputação objetiva é mais adequada a sistemática criminal constitucional, visto possibilitar a responsabilização criminal do agente empresarial na omissão imprópria, sem permitir hipótese de responsabilidade objetiva.

Assim, unindo os conceitos de ação penalmente relevante e aplicando os institutos da teoria da imputação objetiva, tem-se que somente se poderá punir as condutas comissivas por omissão, em ambiente empresarial, quando era esperado que o agente agisse para evitar o resultado (desobediência de um dever objetivo de cuidado, conforme define o artigo 13, §2º, “b” do Código Penal), quando este podia agir para evitar o resultado e, além disso, que o risco proibido se consuma em dano e este dano seja um resultado antijurídico.

#### **4 A FUNÇÃO DE GARANTE NOS CRIMES AMBIENTAIS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS – CRITÉRIOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO LEGÍTIMA**

Conforme explanado, o melhor critério para a determinação da responsabilidade criminal do agente empresarial por omissão pressupõe o conceito funcional-teleológico de ação, bem como a utilização da teoria da imputação objetiva como critério de fixação da responsabilizada pela desobediência do dever objetivo de cuidado.

No caso do Compliance officer, é importante delimitar qual a função deste agente no ambiente empresarial. Como visto, o agente possui o dever de implantar os mecanismos de integridade empresarial, bem como de zelar por sua manutenção e, conseqüentemente, fiscalizar a utilização destes instrumentos.

Portanto, entende-se que o Compliance officer exerce a função de garante no Direito Penal, visto que ele se obriga, pelo cargo ocupado, a evitar o resultado antijurídico.

No que tange à seara ambiental, algumas peculiaridades demandam consideração ao se analisar a conduta omissiva do Compliance officer. A própria Lei nº 9.605/1998 impõe o dever de agir para evitar o resultado:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Conforme visto, a expectativa de ação do garante deve estar representada por uma esperança social de agir contrário ao risco, ou deve estar prevista no próprio tipo legal. No caso da Lei de Crimes Ambientais, verificar que o desígnio social de evitação do resultado proibido encontra-se insculpido no artigo segundo.

Em respeito ao princípio da legalidade, é de se concluir que o rol de agentes colocados como garantes, cujo dever é impedir o resultado do crime ambiental é taxativo. (FIORILLO, 2012, p.31)

Não obstante, apesar de não haver menção expressa ao Compliance Officer, é evidente que as funções executadas por este agente estão previstas na legislação criminal ambiental, tais como: membro de órgão técnico e auditor, sendo, portanto, irrelevante a menção expressa a nomeação do cargo especificamente.

Assim, no que tange a possibilidade de o Compliance officer responder pela omissão aos crimes ambientais, conclui-se que a Lei nº 9.605/1998 possibilita a interpretação deste agente como garante.

Porém, não é suficiente a função de garante para responder pelo delito omissivo impróprio. Conforme elucubrado no capítulo anterior e referendado pela Lei nº 9.605/1998, o Compliance officer somente responderá criminal quando desobedecer a um dever objetivo de cuidado (criando o risco proibido), este risco se consubstanciar em dano e este dano for antijurídico.

Destarte, é patente a importância da implantação de um sistema de Compliance adequado, certificado e auditado, interna e externamente, no intuito de possibilidade que o profissional responsável pela manutenção dos instrumentos de integridade não sofra riscos criminais indesejáveis. Somente um sistema de Compliance efetivo e independente tem o condão de permitir que o Compliance Officer faça cumprir e documentar os seus deveres de cuidado, eximindo da responsabilidade criminal, em caso de cometimento de delito pelos prepostos da empresa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado neste estudo, a superveniência de relações sociais cada vez mais complexas culminaram na perpetuação de riscos sociais, decorrentes da atividade econômica, que nunca haviam sido experienciados pela humanidade.

Como forma de combater tais inseguranças, surgem técnicas de minoração destes riscos da atividade empresária, quais sejam, os instrumentos de governança corporativa e os institutos de compliance. O primeiro diz respeito à tomada de melhores decisões no ambiente empresarial, enquanto o segundo impõe obediência as normas regulatórias.

Neste contexto, advém a figura do Compliance Officer, agente responsável pela implantação, manutenção, aprimoramento e fiscalização dos instrumentos de compliance. Este agente, conforme delimitado pelo art. 13, §2º, “b” do Código Penal Brasileiro, detém o dever de agir para evitar que o resultado antijurídico ocorra. Portanto, ele ocupa o papel de garante.

Tal situação é expressamente prevista pela legislação ambiental (artigo 2º da Lei nº 9.605/1998), impondo ao compliance officer o dever de impedir a prática de crimes ambientais, sempre que possível agir para evitá-los.

Porém, a legislação criminal ambiental determina que o compliance officer deverá agir, somente quando possível evitar o crime. A delimitação desta possibilidade de agir para evitar o resultado não é prevista expressamente na legislação. Assim, algumas teorias da ação e da participação penalmente relevante exercem papel relevante na resposta a esta questão.

Como visto, o funcionalismo-teleológico imputa questões político-criminais à dogmática penal, superando o positivismo finalístico e inserindo critérios valorativos (axiológicos) à aplicação do Direito Penal. Assim sendo, em se tratando a ação, nesta teoria, de uma manifestação da personalidade do agente, necessária que, para ser penalmente relevante, a omissão pressuponha uma expectativa (social ou tipificada) de ação e as condições de evitar o resultado antijurídico.

Por sua vez, a teoria da imputação objetiva estipula que, para que a conduta de um agente possa ser considerada penalmente relevante é preciso que haja uma quebra do dever objetivo de cuidado, que haja um risco de dano causado por este descompromisso e, por fim, que o dano evidenciado afigure-se resultado antijurídico.

Assim, há de se concluir que o compliance officer, em matéria ambiental, exerce a função de garante. Todavia, esta responsabilidade não se limita à possibilidade de evitar o resultado antijurídico (domínio do fato), é preciso que, além de possuir expectativa de agir e condições de fazê-lo, haja um descumprimento de um dever de cuidado por parte do compliance officer e que este descuido culmine na criação de um perigo proibido de dano que, caso concretizado, implique em um resultado antijurídico.

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na Jurisprudência brasileira – Considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, Ano 2, Vol. 2, N°2, Dezembro, 2014. Acesso em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14319/10855>. Acesso em 20 mar. 2022.

ARAÚJO NETO, Zacarias Alves e COSTA, Débora Passos. Omissão Imprópria como Fundamento da Responsabilização Penal do Compliance Officer pelo Crime de Lavagem de Capitais. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, Capa > v. 17, n. 1 (2020), acesso em [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/379/340340438](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/379/340340438). Acesso em 12 mar. 2022.

ASSI, Marcos. **Governança, Riscos e Compliance: Mudando a Conduta nos Negócios**. Saint Paul Editora; 1ª edição (11 janeiro 2018). Edição do Kindle.2018

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

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Presidente da República. Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605/1998**. Brasília: Presidente da República. Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 30 mar. 2022.

BLOK, Marcella, **Compliance e Governança Corporativa**. 3a edição. UNKNOWN. Edição do Kindle. 2020.

CARVALHO, Antônio Gledson. Governança Corporativa no Brasil em Perspectiva. **Revista de Administração**, São Paulo v.37, n.3, p.19-32, julho/setembro 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Contra O Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012. Acesso em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/377/1/Crimes%20Ambientais%20-%20Celso%20Antonio%20Pacheco%20Fiorillo.pdf>. Acesso em 30 mar. 2022.

GOMES, Magno Frederici, OLIVEIRA, Warley Ribeiro. A Efetivação Do Compliance Ambiental Diante Da Motivação Das Certificações Brasileiras. **RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 1, janeiro-junho 2017.

GUIMARÃES, Cesar Caputo. **A Responsabilidade Penal do Compliance Officer Sob à Ótica Brasileira**. Dissertação de Mestrado apresentadas ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Orientação: Professor Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira. Acesso em: [https://repository.unikom.ac.id/60968/1/Article\\_ISO19600\\_JournalBusinessCompliance\\_2014\\_2.pdf](https://repository.unikom.ac.id/60968/1/Article_ISO19600_JournalBusinessCompliance_2014_2.pdf). Acesso em 29 mar. 2022.

HORTENSIUS, Dick e BLEKER, Sylvie. ISO 19600: The development of a global standard on compliance management. **Business Compliance**. 02/2014. Acesso em [https://repository.unikom.ac.id/60968/1/Article\\_ISO19600\\_JournalBusinessCompliance\\_2014\\_2.pdf](https://repository.unikom.ac.id/60968/1/Article_ISO19600_JournalBusinessCompliance_2014_2.pdf). Acesso em 20 mar. 2022.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações Preliminares Acerca da Responsabilidade Criminal do Compliance Officer. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 12/14. 2009.

OLIVEIRA, Márcio Luiz, COSTA, Beatriz Souza; FORTINI, Cristiana Fortini Pinto e Silva. O Instituto Do Compliance Ambiental No Contexto Da Sociedade Plurissistêmica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.51-71, Setembro/Dezembro de 2018.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General – **Fundamentos de La Estructura da la Teoria Del Delito**. Trad. Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas. 1997.

\_\_\_\_\_. Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38. [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37395074/A\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf?1429737522=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf&Expires=1606790677&Signature=b-WrIVfFt3fCCXIXWGDjrq-0WJMUuj1aBZ1Fm6IFLD~WYZAOdUpJm2kZRCIPo0-S~DLFEAdt1ZQ556Ih1iBWXq4OFdynPS~0j552dPjnHgBvIew1G32SxMZdIr7wIYrV~CivW3C3CDuLnXyO9DUqleos5JEtuHHInwP6vr1lzu3kUiGwXQmw6gQZZI1L1J~vqXX5n75Gx~5QsV9OSeOn7mKSiOCA7WTweZpZOLK3ufAGWZH1paYMVE9YJi8BN3X9WnpVn gFUBPlxVkJESYeLkJQT17KJE0xaXbs9rdBb~maOm4IjUR1ZB6H3y73Th1sDbeUJs2nIQ7bXwZW8V15IA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37395074/A_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf?1429737522=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf&Expires=1606790677&Signature=b-WrIVfFt3fCCXIXWGDjrq-0WJMUuj1aBZ1Fm6IFLD~WYZAOdUpJm2kZRCIPo0-S~DLFEAdt1ZQ556Ih1iBWXq4OFdynPS~0j552dPjnHgBvIew1G32SxMZdIr7wIYrV~CivW3C3CDuLnXyO9DUqleos5JEtuHHInwP6vr1lzu3kUiGwXQmw6gQZZI1L1J~vqXX5n75Gx~5QsV9OSeOn7mKSiOCA7WTweZpZOLK3ufAGWZH1paYMVE9YJi8BN3X9WnpVn gFUBPlxVkJESYeLkJQT17KJE0xaXbs9rdBb~maOm4IjUR1ZB6H3y73Th1sDbeUJs2nIQ7bXwZW8V15IA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA), Acesso em 25 mar. 2022.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. **Governança Corporativa, Desempenho e Valor da Empresa no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada sob a orientação do professor Dr. Rubens Famá para obtenção do título de mestre em economia, pela Universidade de São Paulo. [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002-102056/publico/Dissertacao\\_Alexandre\\_Di\\_Miceli.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002-102056/publico/Dissertacao_Alexandre_Di_Miceli.pdf). Acesso em 19 mar. 2022.

SEGAL, Robert Lee. COMPLIANCE AMBIENTAL NA GESTÃO EMPRESARIAL: distinções e conexões entre compliance e auditoria de conformidade legal. **Revista ICESP**. v. 3, n. 1 (2018), acesso em <http://revistas.icesp.br/index.php/REASU/article/view/389/270>. Acesso em 15 mar. 2022.

SCALCON, Raquel Lima. Apontamentos Críticos Acerca Do Funcionalismo Penal De Claus Roxin. **Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição**, 2011. Acesso em: [https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Raquel\\_Scalcon.pdf](https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Raquel_Scalcon.pdf). Acesso em 20 mar. 2022.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo. Marcial Pons, 2018.

ZINI, Júlio César de Faria. **Os Crimes Omissivos Na Sociedade Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.