



**O CRIMINAL COMPLIANCE E SEUS EFEITOS: ENTRE A PREVENÇÃO AO
COMETIMENTO DE CRIMES E O AFASTAMENTO E MITIGAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR**

*CRIMINAL COMPLIANCE AND ITS EFFECTS: BETWEEN CRIME
PREVENTION AND THE AVOIDANCE AND MITIGATION OF
ADMINISTRATIVE CRIMINAL LIABILITY*

Fabrizio Bon Vecchio¹

Francis Rafael Beck²

Resumo: O *compliance* criminal representa um programa de orientações normativas de natureza jurídico-penal desenvolvido, implementado e executado a partir de um sistema complexo de políticas, controles internos e rígidos procedimentos destinados a garantir que a organização se mantenha em um estado de integridade. Além de prevenir a ocorrência de delitos no âmbito da empresa, o *criminal compliance* também deve assegurar o afastamento ou a mitigação da responsabilidade penal do administrador, a partir da dogmática penal posta e de alterações normativas, tendo com pressuposto a existência de um programa efetivo.

Palavras-chave: *Compliance* Criminal; Conformidade; Integridade; Responsabilidade Penal; Controle Preventivo.

Abstract

Criminal compliance represents a program of legal and criminal guidelines developed, implemented, and executed through a complex system of policies, internal controls, and stringent procedures aimed at ensuring that the organization maintains a state of integrity. In addition to preventing the occurrence of crimes within the company, criminal compliance also aims to ensure the avoidance or mitigation of administrative criminal liability for the administrator, based on established penal doctrine and regulatory changes, presupposing the existence of an effective program.

Keywords: Criminal Compliance, Integrity, Penal Liability, Preventive Control

Data de aceite: 25/06/2023

DOI: <https://doi.org/10.37497/CorruptionReview.5.2023.44>

Artigo convidado por: Altieres de Oliveira Silva
Manager Editor

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS e Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Rua Gutemberg, nº 151/708, Petrópolis, Porto Alegre/RS, CEP 91310-010 E-mail: fabrizio@vecchioassociados.com.br

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (UC), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Rua Regente, nº 245/1004, Petrópolis, Porto Alegre/RS, Brasil, CEP 90.470-170. E-mail: francis@francisbeck.com.br



1. Considerações Iniciais

A primeira face de um *compliance* envolve a redução de crimes (prevenção) e o afastamento ou mitigação da responsabilidade penal na hipótese de cometimento de um delito (apesar das barreiras trazidas pelo programa). De fato, em um primeiro momento, quando existe a decisão empresarial de adoção de um programa de *compliance* que englobe o *criminal compliance*, claramente a expectativa não é a de um incremento de imputação penal, seja no que tange ao cometimento de crimes, seja em relação a um aumento das pessoas a serem responsabilizadas (especialmente os administradores) ou do *quantum* de sancionamento. O que se busca, em essência, é justamente o contrário, ou seja, que o cumprimento criminal evite que os crimes ocorram, hipótese em que sequer se discutirá eventual responsabilidade penal.

2. O efeito preventivo do *criminal compliance*

No que tange à prevenção, a função dos programas de *compliance* é, basicamente, evitar riscos legais e reputacionais. De acordo com González Franco, Schemmel e Blumemberg³, embora essa finalidade ultrapasse o âmbito do direito penal, os programas de cumprimento têm nascido fortemente vinculados à prevenção de fatos delitivos, em especial os econômicos, mas também outros cometidos no âmbito da empresa, tais como a corrupção, delitos contra a intimidade, crimes informáticos, assédio sexual e discriminação laboral. Aliás, o próprio direito penal assemelha-se a um programa de *compliance*, na medida em que consiste em uma série de estratégias normativas, imperativas e institucionalizadas que buscam evitar o cometimento de delitos no âmbito da empresa, como uma forma de controle social⁴.

Nesse panorama, o *compliance* centra-se na identificação das normas jurídico-penais com maior probabilidade de violação por parte da empresa, assim como na determinação do que deve ser feito para prevenir fatos delitivos ou, caso isso não seja possível, evitar que a imputação penal se expanda na estrutura empresarial⁵.

Um sistema de controle preventivo das normas, portanto, implica em um giro da orientação prática tradicional do direito penal, assim como da atuação do penalista, que

³ GONZÁLEZ FRANCO, J. A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La Función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. Luis Arroyo Zapatero, Adán Niéto Martín (organizadores). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 155-163. p. 156.

⁴ LASCURAÍN, Juan Antonio. *Compliance*, debido control y unos refrescos. *El derecho penal económico el la era compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (diretores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-135. p. 127-128.

⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 63.



passa a ser orientada à prevenção dos riscos normativos a que estão expostas as empresas, bem como de ataques desde dentro e fora⁶.

Com efeito, uma prevenção ótima por parte de um programa de cumprimento não necessariamente levaria ao não cometimento de crimes (sejam eles de dano, sejam de perigo). Inexistente a tipicidade, por razões óbvias, não há que se falar em responsabilidade penal individual (tampouco da pessoa jurídica). Dessa forma, a finalidade preventiva do *compliance program*, uma vez alcançada, gera o maior benefício penal que consiste não na exclusão, mas na própria impossibilidade de responsabilização em razão da inexistência do delito.

Os estudos empíricos ainda são muito limitados quanto ao fato de o *criminal compliance* efetivamente reduzir a comissão de fatos delitivos na empresa. No entanto, embora existam investigações criminológicas que neguem a todos os programas de cumprimento a idoneidade para diminuir realmente a criminalidade empresarial, a tendência aponta para o reconhecimento da sua aptidão como mecanismo preventivo de infrações penais. O ponto de apoio dessa afirmação é que a conduta dos membros da empresa está fortemente influenciada pelo entorno, no sentido de que um ambiente de cumprimento da legalidade, instalado na organização a partir do *compliance*, favorece a observância da regulação legal⁷.

3. O efeito de afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador

Sob outro prisma, no atual sistema penal, os critérios de imputação, as consequências derivadas do delito e mesmo os órgãos de persecução penal estão se perfilando para serem mais eficientes na repressão dos delitos cometidos no marco das estruturas empresariais. Mesmo em países de forte tradição de responsabilização penal das pessoas jurídicas, como os Estados Unidos, o fato de as questões criminais serem resolvidas cada vez mais a partir de acordos criminais (como afirma Schünemann⁸, o direito da nossa atual sociedade não se encontra mais em um templo ou em um quartel, mas em uma praça de mercado) fez com que surgisse uma espécie de “redescoberta” da necessidade da responsabilização penal individual para fins de prevenção e repressão de delitos na área empresarial. Nesse sentido, merece destaque o Memorando Yates, elaborado no ano de 2015 pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, mais precisamente pela procuradora geral Sally Yates, que reforçou a necessidade de responsabilização criminal das pessoas físicas no âmbito da criminalidade empresarial, destacando os desafios que essa mudança pode apresentar para maximizar a capacidade de impedir delitos no âmbito empresarial. A orientação do documento reflete seis etapas principais para fortalecer a busca da responsabilidade individual no âmbito corporativo, que indicam mudanças de política do órgão. São elas: (1) para que as empresas possam ser beneficiadas com acordos, deve identificar todos os indivíduos envolvidos, independentemente da sua posição; (2) a investigação civil e criminal deve ter foco nos

⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Arazandi, 2011. p. 31-32.

⁷ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 59.

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coordenador). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 322.



indivíduos desde o início; (3) os procuradores criminais e civis que atuam em investigações corporativas devem manter uma rotina de comunicação; (4) ressalvadas circunstâncias extraordinárias ou políticas aprovadas, o departamento não afastará a responsabilidade civil ou criminal quando resolver a questão com a empresa; (5) os procuradores do departamento não deverão resolver a questão com a empresa sem um plano claro para resolver os casos individuais relacionados; e (6) os procuradores civis devem ter foco nas empresas e nos indivíduos, avaliando a capacidade de pagamento de multas e indenizações⁹. Essa tendência, que se mostra cada vez mais clara, justifica ainda mais a temática escolhida e abordada no presente artigo.

Caso se verifique eventual falha - que, embora não desejável, é possível ou mesmo provável que venha a ocorrer em qualquer programa, ainda que se busque ao máximo evitá-la - que importe na ocorrência de lesão a um bem jurídico-penal, o esperado é que o programa de *compliance* sirva como uma espécie de defesa (ou escudo) para a imputação criminal, seja afastando-a (quanto a algumas ou todas as pessoas vinculadas à empresa), seja mitigando-a (de forma justificada, como será visto, a fim de que tal objetivo não seja equivalente a uma mera e infundada impunidade).

Assim, uma vez verificado o cometimento de um crime por terceiro no contexto de um *criminal compliance*, importa analisar qual é o papel que os programas e deveres de *compliance* desempenham para fins de atribuição de responsabilidade penal em relação não só às pessoas jurídicas, mas especialmente quanto aos seus administradores¹⁰. Isso porque, afora o já referido efeito preventivo, o *criminal compliance*, em primeiro lugar, pretende afastar a responsabilidade penal da empresa e, num segundo momento, pode ser analisado como um benefício a partir da responsabilidade individual dos administradores e colaboradores (delegados) decorrentes da omissão do cumprimento dos deveres do programa¹¹, uma vez que representa, em muitas matérias, parte do dever de cuidado do empresário¹².

Portanto, o segundo âmbito de análise das expectativas de não responsabilização decorrentes do *compliance* passa pelo campo da punição. Em outras palavras, questiona-se se a existência de um programa efetivo de cumprimento pode interferir na imputação em caso de falha que implique na verificação de um delito.

Não se trata, como poderia inicialmente parecer, de um mero mecanismo que visa a preservar os dirigentes de uma imputação penal pelos delitos ocorridos na realização da atividade empresarial. Essa perspectiva levaria a uma simples transferência da imputação penal dos dirigentes para outros colaboradores da organização, com custos empresariais igualmente graves¹³. Da mesma forma, é importante impedir que haja descarga de

⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Yates Memorandum*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>>. Acesso em: 15 mai. 2023.

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 65

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 70

¹² NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 76.

¹³ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 57-58.



responsabilidade no *compliance officer*, como se fosse o bode expiatório de todas as falhas da empresa¹⁴, absorvendo a responsabilidade que seria destinada aos administradores¹⁵. De fato, a função do *compliance* deve ser a de evitar a prática de ilícitos, inclusive criminais, e não servir de figura ou condição para isenção de responsabilidade ou redução de sanções. Caso contrário, se tornaria um estratagema de fuga à responsabilidade. A fim de evitar essa finalidade inidônea, o legislador, assim como as autoridades judiciais e administrativas, não deve extrair da simples existência de programas de *compliance* nas empresas efeitos automáticos, ao menos até verem se são levados a sério nos casos concretos¹⁶.

Em verdade, o que se verifica é que a existência de um programa de *compliance* estabelece novos contornos para a responsabilização criminal, não apenas da pessoa jurídica (principal destinatária das consequências penais de um programa de cumprimento), mas também das pessoas físicas nela atuantes, especialmente em países de fraca tradição de responsabilização dos entes coletivos.

A decisão sobre a implementação ou não de um programa de *compliance*, assim como as suas características, atualização e controle da efetividade acaba por recair sobre o administrador (ou administradores) da pessoa jurídica¹⁷. Assim, se o não estabelecimento de um programa de *compliance* ou a sua implementação deficiente ou propositadamente ineficaz, descumprindo o dever de cuidado, permite a discussão da responsabilidade penal do administrador a título de omissão imprópria¹⁸, é razoável que a criação, implementação e execução de uma forma efetiva desse programa permita a análise da exclusão ou mitigação dessa mesma responsabilidade.

Dito de outra forma, um sistema de estímulos pode fazer com que o *compliance* assumira os objetivos de prevenção da criminalidade com maior eficiência, o que sugere apoio pelo direito penal da empresa mediante o estabelecimento de vantagens como a ausência de punição, redução de pena ou arquivamento do processo¹⁹.

Como sabido, no âmbito empresarial, o administrador é o mais tradicional garantidor (embora não apenas o único) dos bens relacionados à atuação da pessoa jurídica, razão pela qual deve agir para evitar o resultado, sempre que possível fazê-lo, sob pena de ser responsabilizado por sua omissão, da mesma forma como se tivesse praticado o delito a título comissivo (justamente a comissão por omissão).

¹⁴ MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance. Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 11-20. p. 17.

¹⁵ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 21-55. p. 42.

¹⁶ MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance. Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 11-20. p. 13-14.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 240.

¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

¹⁹ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empres: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. *El derecho penal económico el la era compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (diretores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63-109. p. 101.



É nesse momento que ganham importância os pilares dos programas de *criminal compliance*, pois envolvem a análise, identificação, delimitação e mitigação de riscos penais a que a empresa está sujeita (ou, ao menos, os mais relevantes quanto à probabilidade e impacto), bem como diversos mecanismos de evitação e detecção, a ponto de proporcionar, por parte do administrador, um melhor controle das informações que irão influir no desempenho de seus deveres de vigilância e proteção.

A relação entre *compliance* e dever de vigilância jurídico-penal pode ser considerada como de gênero e espécie. Em primeiro lugar, porque o *compliance* possui como objetivo não apenas evitar crimes, mas também outros ilícitos e condutas não éticas. Em segundo lugar, porque a busca desse objetivo vai além da mera imposição de deveres de vigilância. Em terceiro, porque da mera existência formal de um programa de *compliance* não decorre necessariamente o cumprimento cuidadoso do dever jurídico de vigilância por parte dos administradores²⁰.

Assim, é correto sustentar que, em se tratando de um programa de *compliance* efetivo, e não apenas de papel, cosmético ou de prateleira, por vezes sequer retirado da embalagem (o que é o pressuposto de toda a análise aqui realizada), também o administrador não deva ser reprovado (ou o deva em menor intensidade) quando, exercendo devidamente suas funções, amparado pelo programa de cumprimento, houver um crime praticado por terceiro no âmbito da empresa.

Em princípio, o ponto de vista das autoridades diante da mera existência de um programa de *compliance* é neutro, não havendo impacto automático na exclusão ou atenuação da responsabilidade²¹. Cumpra-se seja demonstrada, portanto, a efetividade do programa de *compliance*, o qual deverá ser avaliado periodicamente, sobretudo quando ocorrem eventos (como denúncias, processos e constatação de infrações) que indiquem a existência de algum tipo de deficiência²², mostrando-se nesse ponto a auditoria externa (e mesmo interna) um elemento de grande importância para o funcionamento eficaz de programas de cumprimento²³.

Embora existam inúmeras discussões quanto aos fatores a serem considerados na avaliação da efetividade de um programa de *compliance*, assim como a sua legitimidade, valor probatório, momento e forma de realização, deve registrar-se que, no ano de 2020, o *Department of Justice* realizou uma terceira revisão do seu *Evaluation of Corporate Compliance Programs*²⁴, cujo documento tem o propósito de guiar promotores na tomada de decisões em relação à avaliação da efetividade do programa

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 238.

²¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance. Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 11-20. p. 16.

²² NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estruturas dos programas de *compliance*. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Diniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 131-162. p. 151.

²³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 57-61.

²⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Evaluation of corporate compliance programs*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em: 15 mai. 2023.



de *compliance* de uma empresa sujeita à investigação criminal. Tal guia estabelece três questões fundamentais que devem ser observadas para a medição da adequação e efetividade de um programa de *compliance*: (1) o programa de *compliance* foi bem planejado? (2) o programa de *compliance* está sendo implementado de forma sincera e de boa-fé? Em outras palavras, o sistema foi implementado de forma eficiente, com alocação de recursos adequados? e (3) o programa de *compliance* é adequado e funciona na prática? Sua estruturação é dividida em dois blocos, abordando (i) a estrutura básica do programa de *compliance* e (ii) os critérios para avaliação de sua eficácia e adequação, conforme doze tópicos: *risk assessment; policies and procedures; training and communications; confidential reporting structure and investigation process; third party management; mergers and acquisitions; commitment by senior and middle management; autonomy and resources; incentives and disciplinary measures; continuous improvement, periodic testing, and review; investigation of misconduct; analysis e remediation of any underlying misconduct*²⁵.

Nesse panorama, recentemente, alguns países introduziram em suas legislações diretrizes de implementação de cumprimento normativo, merecendo destaque as normatizações da Espanha (2010 e 2015), França (2016), Chile (2009) e Argentina (2017). Como ponto em comum, as normativas abrandaram a punição para as pessoas jurídicas que tenham estabelecido medidas de controle e supervisão visando à prevenção de ilícitos e irregularidades no âmbito empresarial, em uma espécie de prêmio estatal ao cumprimento normativo²⁶.

4. A proposta defendida

A proposta aqui defendida, portanto, é a de que o *criminal compliance*, a partir de um programa efetivo pode (e deve) produzir efeitos de exclusão e mitigação da responsabilidade penal, não apenas em relação à pessoa jurídica, mas também em relação à pessoa do administrador, delimitando regras que permitam o afastamento do fato típico (especialmente em razão da análise do agir esperado como garantidor, imputação objetiva e subjetiva), antijuridicidade e culpabilidade, ou abrandamento da punibilidade. No que tange ao afastamento da responsabilidade em razão da limitação do dever de garante, de se destacar que os programas de *compliance* apresentam novas questões relacionadas à repartição de responsabilidades no âmbito empresarial, em especial no que diz respeito às implicações sobre um eventual dever de garantia dos administradores²⁷, pois esses programas formalizam a delegação de funções no âmbito empresarial²⁸.

²⁵ RATTES, Catarina. *DOJ atualiza guia com parâmetros para avaliação de programas de compliance*. Disponível em: <<https://antissuborno.com.br/doj-atualiza-guia-para-avaliacao-de-programas-de-compliance/>>. Acesso em: 15 mai. 2023.

²⁶ BARRILARI, Claudia Cristina. O cumprimento normativo. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Diniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 55-60. p. 58-59.

²⁷ SOUSA, Susana Maria Aires. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 135.

²⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín



Como já afirmado, aos dirigentes da empresa, como regra, é imposto o dever de vigiar que os riscos criados pela atividade empresarial não levem à realização de fatos delitivos. Nessa lógica, quando ocorre um delito no âmbito da empresa, o fato de a organização contar com um programa de cumprimento normativo, desde que efetivo, permitirá sustentar que a situação de infração da norma penal escapou da possibilidade razoável de vigilância dos dirigentes da empresa e, portanto, não se verificariam as condições suficientes para a responsabilização penal²⁹.

Por certo, deve ser considerado que esse dever de supervisão ou vigilância não pode ser tão alto ao ponto de anular a vantagem desse método operacional e as necessidades expansivas da atividade empresarial³⁰.

Os deveres residuais de vigilância são bipartidos em deveres de supervisão ativa, que exigem do delegante a realização de tarefas ativas de supervisão, de modo ordinário e periódico, e deveres de supervisão reativa, que apenas exigem do delegante uma reação caso apareçam indícios de uma situação que imponha a adoção dessa conduta, o que implica o dever de receber reportes periódicos por parte do delegado³¹. O mais comum é que o delegante cumpra ambos os deveres, existindo uma preponderância dos deveres de supervisão ativa quando a posição do delegante estiver mais próxima da realização da tarefa de risco e da supervisão reativa quando estiver mais distante. Essa distinção tem grande relevância na responsabilização penal do delegante diante de crimes não prevenidos ou detectados pelo delegado³². No caso dos programas de *compliance*, a partir da delegação da criação, implementação e execução do programa ao *compliance officer*, o que envolve todos os mecanismos de mitigação de riscos, parece claro que o dever de supervisão do administrador é essencialmente reativo, o que exige que as informações sobre eventuais riscos cheguem ao seu conhecimento.

De fato, como delegado de vigilância, corresponderá ao *compliance officer* a gestão dos meios de controle relacionados à obtenção do conhecimento e transmissão da informação obtida aos seus superiores, a fim de que sejam corrigidas as condutas defeituosas e os perigos constatados. Os fluxos de informação, tanto *botton-up* quanto *top-down*, são a base da estrutura do *compliance* e da origem da posição de garante³³. E, dessa forma, um bom sistema de delegações pode mostrar-se apto a demonstrar que a

(coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 77.

²⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 67.

³⁰ LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 200-201.

³¹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. *El derecho penal económico el la era compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (diretores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189. p. 173.

³² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. *El derecho penal económico el la era compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (diretores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189. p. 173-174.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 243. A infração dos deveres de informação atribuídos ao *compliance officer* não gera, necessariamente, responsabilidade penal. É necessário que um membro da empresa cometa um crime doloso e que o *compliance officer* tenha agido dolosamente (ou, ao menos, culposamente) em relação à omissão da informação (p. 244-245).



empresa estava bem organizada para que evitar que tal resultado não ocorresse, tendo apenas se verificado devido à falha dos controles da empresa ou a uma falha individual que não era razoavelmente evitável diante do sistema proteção existente³⁴.

Por outro lado, ainda que fique evidenciado não ter havido o devido controle, a empresa pode demonstrar documentadamente o sistema de delegações (através de organogramas específicos) e seu efetivo funcionamento, acentuando os mecanismos de controle e informação³⁵, o que permitiria, ao menos, mitigar eventual reponsabilidade do administrador. Nesse passo, na hipótese de cometimento do delito por algum subalterno, o exercício insuficiente das funções de direção e controle por seus superiores, ou a insuficiência ou ineficácia das medidas de prevenção e detecção de delitos implementada na organização não podem ser presumidos. Deve estar demonstrado que não existiam práticas, protocolos, rotinas ou mecanismos para prevenir a comissão de ilícitos penais, ou então, que os existentes eram inidôneos ou ineficazes para prevenir delitos como o cometido³⁶.

Entretanto, ressalvados entendimentos contrários, cabe ao investigado o ônus de alegar e produzir prova no processo sobre (a) a existência do programa de *compliance*; (b) a efetividade do programa; (c) a identificação de medidas adequadas e realmente implementadas contra falhas organizacionais capazes de originar a prática de infrações; e (d) a identificação, avaliação e controle dos riscos empresariais. Não se trata de inversão do ônus da prova, haja vista que os itens elencados não integram o tipo penal³⁷ e são utilizados como argumentos de defesa.

O *criminal compliance* também revela uma atitude de fidelidade ao direito, que no caso de verificação de um delito pode influir nos critérios de imputação penal ou, em todo caso, na imposição da sanção correspondente³⁸. Caso o risco que tenha dado causa à lesão não tiver sido previsto, embora cuidadosamente realizada a sua avaliação, pode ser um bom indício para afastar o requisito da previsibilidade, necessário para a infração da norma de cuidado³⁹.

Assim, pode-se afirmar que a existência do *criminal compliance* também tende à negação da responsabilidade penal dos dirigentes por fatos lesivos produzidos a partir

³⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 199-299. p. 213.

³⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 199-299. p. 213.

³⁶ NEIRA PENA, Ana María. La efectividad de los *criminal compliance* programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política criminal*. V. 11, N. 22. Diciembre 2016. p. 467-520. Disponível em http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023. p. 515.

³⁷ MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance. Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 11-20. p. 14.

³⁸ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 57

³⁹ NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminología e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 77.



da empresa. Em termos dogmáticos, poder-se-ia afirmar que os riscos de infração penal que excedem o que um *criminal compliance* pode razoavelmente evitar ficariam dentro do risco permitido ou tolerado em relação à atividade empresarial, já que em uma sociedade de riscos é impossível prescindir de certos níveis de risco tolerado⁴⁰. Dessa forma, também possível a abordagem da exclusão ou mitigação da responsabilidade penal do administrador a partir da teoria da imputação objetiva, mais precisamente na ideia de ausência de criação ou incremento de um risco não permitido ou não tolerado.

No mesmo âmbito da imputação objetiva, uma vez implementado um programa de cumprimento eficaz, o princípio da desconfiança que rege as relações verticais é substituído pelo princípio da confiança, por força do qual os administradores podem confiar que não se produzirá um fato lesivo, salvo se existirem sérios indícios em contrário (que o funcionamento do próprio programa de cumprimento deve identificar)⁴¹.

Também o *compliance officer*, como um delegado de vigilância que gere um programa bem elaborado, pode contar com a confiança de que funcionará bem e proporcionará indícios da comissão de um fato delituoso⁴². O princípio da confiança, portanto, no sentido de que todos estão exercendo adequadamente as suas funções, igualmente deve ser objeto de análise no caso concreto.

Em relação à tipicidade subjetiva, pode-se afirmar que, nos crimes dolosos, a ausência de conhecimento das atividades delitivas praticadas pelos subordinados ou inferiores hierárquicos impede a responsabilidade do superior, por mais que, objetivamente, ele possa ser responsabilizado por não haver exercido o seu dever de controle ou supervisão com o fim de impedir o comportamento⁴³.

Como as modalidades de tipicidade subjetiva dependem do grau de conhecimento que os administradores possuem da situação de perigo, a fragmentação da informação tornará mais comum que o desconhecimento decorra da falta de cuidado, ou seja, uma conduta culposa, raramente prevista tipicamente no direito penal empresarial⁴⁴. Tendo em vista que o dolo exige o conhecimento das elementares do tipo objetivo, resta claro o impacto que essa fragmentação, segmentação, canalização e filtragem da informação adquire na formação do elemento cognitivo do dolo nas camadas superiores da hierarquia empresarial⁴⁵.

⁴⁰ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 67-68.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 240.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 243.

⁴³ NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminología e responsabilidad penal de personas jurídicas. Manual de cumplimiento normativo e responsabilidad penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 67.

⁴⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 297-298.

⁴⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 297.



Diretamente relacionada com a transferência do risco está a circulação dos fluxos de informação, eis que um comportamento delitivo, no âmbito empresarial, pode ser analisado como um problema de agência, amparado na falta de informação dos superiores acerca da atividade desempenhada pelos subordinados. Os fluxos de informação que circulam de baixo para cima na organização e tradicionalmente permitem a supervisão dos subordinados quanto aos aspectos econômicos e financeiros agora passam a envolver também o cumprimento da legalidade⁴⁶, o que torna esses fluxos muito mais amplos e complexos.

A falta de informação dos administradores acerca dos problemas de cumprimento pode ocorrer por desinteresse, má elaboração dos canais, ou mesmo pelo interesse dos subordinados em ocultar as informações (muitas vezes pela concorrência interna ou desejo de aparentar maior eficiência e competência). Também não se pode descartar que os superiores tenham interesse na existência de deficiências nos fluxos de informação relacionados ao cumprimento da legalidade, criando uma espécie de cegueira deliberada, originariamente a fim de tentar evitar a responsabilização penal⁴⁷, mas, na prática, cada vez mais utilizada para ultrapassar o óbice da exigência do elemento cognitivo do dolo⁴⁸.

No contexto do direito penal empresarial, como afirma Pardini⁴⁹, o perigo relacionado ao crime omissivo impróprio ocorre a alguma distância do garante, pelo que o seu conhecimento permite a adoção de um estado de cegueira deliberada na medida em que decide e age para não permitir que o conhecimento lhe alcance ou lhe seja acessível. Diante da intersecção entre a cegueira deliberada e a responsabilidade penal do administrador por omissão imprópria em organizações que contam com um programa de *compliance*, pode-se afirmar que o contexto jurídico atual de aplicação da cegueira deliberada indica um quadro favorável (embora com ele não necessariamente se concorde) para a imputação de condutas típicas aos administradores a partir desse modelo, ordinariamente mitigador da justificação ou prova do elemento subjetivo.

No entanto, ao mesmo passo em que os programas de *compliance* formam parte do dever de cuidado do administrador, podem também consistir em um instrumento de defesa. Dessa forma, definidos adequadamente e com clareza, o conteúdo das delegações e os fluxos de informação poderão evitar a imputação criminal a administradores

⁴⁶ NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance*, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 67.

⁴⁷ NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance*, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Dinniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-122. p. 67.

⁴⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 298.

⁴⁹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 166-167.



delegantes que possuíam, diante de determinado perigo, apenas as funções de supervisão ou vigilância do delegado⁵⁰, da qual não se descuraram.

Assim, para fins de aplicação da cegueira deliberada aos crimes de omissão imprópria imputados aos administradores de empresas que contam com um programa de *compliance*, os elementos a serem analisados para responsabilização de delegantes de deveres aos responsáveis, conforme instituído no programa, relacionam-se justamente ao fluxo de informações estabelecido entre delegado e delegante. Tratando-se de um fluxo que assegure o amplo, direto e imediato conhecimento pelo delegante dos perigos de natureza penal, a partir de comunicações originadas do delegado (e para isso, deverá ser demonstrada, minuciosa e documentalmente não apenas a estruturação do fluxo, mas também a sua efetividade), a responsabilidade criminal pelo resultado se verificará apenas nos casos em que o administrador tiver o conhecimento do risco, sob pena de responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando o administrador deliberadamente criar obstáculos ao conhecimento dos riscos submetidos ao seu dever de garantia, dificultando o acesso e a comunicação por parte do delegado responsável pelo *compliance*, tal fato poderá configurar a cegueira deliberada (ao menos diante de criticáveis parâmetros previstos em países como o Brasil) como justificadora do elemento subjetivo na imputação do delito a título de omissão imprópria, não sendo suficiente para o afastamento da sua responsabilidade a alegação de desconhecimento do risco ou invocação da delegação do controle do risco a terceiro.

Portanto, torna-se fundamental que o programa de *compliance* não apenas seja efetivo, mas também que a prova dessa efetividade (no caso, em particular quanto ao fluxo de informações) sobeje clara e suficientemente documentada, a fim de permitir o afastamento do elemento subjetivo do tipo, em qualquer das suas modalidades.

No campo da antijuridicidade, tem-se que quanto melhor esteja configurado o programa de *compliance* para a prevenção de infrações, menos provável será que o resultado produzido pela violação do dever de vigilância pudesse ter sido impedido ou dificultado através de outras medidas. Trata-se de uma relação de antijuridicidade similar àquela que existe nos delitos imprudentes. Dessa forma, no âmbito deste elemento do crime, o programa de *compliance* também pode ter efeitos limitadores da responsabilidade penal individual⁵¹, seja a partir de uma excludente específica, seja a partir do uso de uma causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade.

A culpabilidade do administrador também pode ser um fator de discussão a partir de um programa de integridade. Isso porque a estrutura normativa da responsabilidade penal individual na criminalidade de empresa tem como referência a responsabilização penal nos casos em que reunida a informação, o poder de decisão e um comportamento

⁵⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 76-77.

⁵¹ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empres: una nueva concepción para controlar la criminalidade econômica. *El derecho penal económico el la era compliance*. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (diretores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63-109. p. 92.+



executivo⁵². Assim, a ocorrência de um crime não detectado pelo administrador no contexto de um programa de *compliance* efetivo também pode importar na ausência de reprovação da conduta a partir de uma inexigibilidade de conduta diversa.

No âmbito do processo penal, um dos principais objetivos buscados com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (e aqui retomando, brevemente, a discussão em relação ao ente coletivo) é aumentar a cooperação da empresa no processo penal. Trata-se de criar um processo penal com três partes (empresa, pessoa física, investigador ou o juiz), em que a pessoa jurídica, em troca de determinados incentivos, como redução de sanções e multas, ou mesmo a não abertura de um procedimento judicial, colabora com o órgão acusador, a fim de esclarecer as responsabilidades individuais⁵³.

A colaboração das empresas no processo penal, por meio de investigações internas prévias ou simultâneas ao processo penal, tem benefícios não só para as pessoas jurídicas, senão também para os órgãos de persecução, uma vez que lhes ajuda a reduzir notavelmente os custos da investigação penal, que são especialmente altos em delitos cometidos no âmbito empresarial. Como visto, a empresa está em melhores condições para acessar determinadas fontes de informação (e-mails, registros contábeis, contratos e demais documentos internos) ou para realizar entrevistas do que juízes e promotores. Por outro lado, o regime de incentivos à cooperação e investigação interna traz importantes riscos e custos para as garantias das pessoas físicas responsáveis pelos delitos investigados⁵⁴.

Raciocínio semelhante no aspecto processual pode ser aplicado também aos administradores, desde que não verificada uma das hipóteses de possível exclusão da responsabilidade criminal. Tal consistiria em incentivar a realização de acordos de não persecução penal, seja aproveitando-se de previsões já existentes no ordenamento jurídico (*lege lata*) ou criando-se normas específicas (*lege ferenda*), com requisitos próprios a serem identificados nos programas de cumprimento.

No plano legislativo, por sua vez, verifica-se ainda distante a opção de o legislador incentivar a adoção de um programa de cumprimento normativo como forma de afastar ou mitigar eventual imputação penal dos responsáveis pela gestão da empresa (ao contrário de algumas normas recentes que se referem às pessoas jurídicas), embora isso não impeça que a jurisprudência utilize os programas de cumprimento como critério de imputação⁵⁵.

Todavia, a fundamentação da responsabilidade do administrador pela violação de seus deveres de controle e vigilância pode ser analisada sob duas perspectivas distintas.

⁵² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.71.

⁵³ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Diniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 293-334. p. 321-322.

⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Adán Nieto Martín (coordenador da edição espanhola), Eduardo Saad-Diniz, Rafael Mendes Gomes (coordenadores da edição brasileira). 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 293-334. p. 323.

⁵⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 56.



A primeira refere a possibilidade de responsabilizar o administrador da empresa por fatos delitivos cometidos por seus subordinados a partir da atividade desenvolvida, entendendo que essa não evitação revela a infração dos deveres de controle e vigilância do administrador (ou seja, a omissão imprópria até agora analisada). A segunda suscita a questão de responsabilizar o administrador apenas pela infração dos deveres de controle⁵⁶.

No sentido dessa segunda fundamentação, em razão das dificuldades probatórias em torno da intervenção do administrador (inclusive em comissão por omissão) na prática do delito, tem sido sustentada a oportunidade de criação de um tipo penal incriminador da infração dos deveres de vigilância por parte do administrador⁵⁷, na linha do já previsto pelo §130 da lei alemã de contravenções administrativas⁵⁸ que, no entanto, não possui aplicação penal. O referido dispositivo prevê a contravenção de “violação do dever de fiscalização em empresas e sociedades”, punida com multa, estabelecendo que qualquer pessoa que, como proprietário de um negócio ou empresa, intencionalmente ou por negligência, deixar de tomar as medidas de supervisão necessárias para evitar violações de obrigações no negócio ou empresa, está agindo de forma inadequada se tal infração ocorrer, podendo ter sido evitada ou dificultada por uma supervisão adequada. As medidas de supervisão necessárias incluem também a nomeação, seleção criteriosa e acompanhamento dos supervisores.

Merece destaque o projeto da senadora estadunidense Elizabeth Warren, chamado de *Corporate Executive Accountability Act* (2019)⁵⁹, que torna ilegal que um executivo de uma empresa que gere mais de um bilhão de dólares em receita anual permita ou deixe de impedir violações a leis federais ou estaduais. De acordo com o projeto, o executivo é criminalmente responsável por ações nas quais a empresa foi (1) condenada ou tenha celebrado em um acordo de não persecução por qualquer crime; (2) considerada responsável ou firmado um acordo com um órgão estadual ou federal pela violação de qualquer lei civil, caso tal violação tenha afetado a saúde, segurança, finanças ou dados pessoais de uma determinada população; ou (3) condenada ou considerada responsável por uma violação criminal ou civil cometida enquanto a empresa estava sob um julgamento ou submetida a uma acordo. Pela primeira infração, o infrator está sujeito a multa, pena de prisão de até um ano ou ambos. Por uma segunda infração ou subsequente, o infrator está sujeito a multa, pena de prisão de até três anos ou ambas.

Dessa forma, a criação de um delito próprio do administrador apenas pela infração dos seus deveres de controle se apresenta como uma alternativa dogmática e político-criminal.

Por fim, caso não verificada qualquer possibilidade de afastamento da responsabilidade penal do administrador, a partir das considerações aqui trazidas, será o

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 148.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2016. p. 152.

⁵⁸ GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN – OWIG. §130. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/BJNR004810968.html#BJNR004810968BJNG000341309>. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁵⁹ US CONGRESS. *Corporate executive accountability act*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1010>>. Acesso em: 15 mai. 2023.



caso de o programa de *compliance* ser utilizado como forma de redução da intensidade da reprovação, seja através de critérios judiciais ou legislativos, genéricos ou específicos, a serem utilizados quando da fixação da pena.

A ausência de regulamentação normativa, precedentes jurisprudenciais ou entendimento doutrinário consolidado tornam a utilização das possibilidades aqui trazidas um tema ainda nebuloso, muito mais no plano da expectativa do que da realidade.

O papel desempenhado pelos administradores da empresa deverá ser analisado caso a caso, a fim de que possa ser apurada eventual responsabilização penal, sendo que não se deve partir de modelos jurídicos pré-estabelecidos para adequá-los à realidade, mas sim o contrário⁶⁰. Isso porque é legítimo e justificado questionar se a descentralização dos processos de decisão não retira dos administradores o efetivo domínio da organização ao ponto de gerar uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional, que decorre objetivamente das funções exercidas⁶¹.

4. Considerações finais

Dessa forma, como afirma Aires de Sousa⁶² em relação aos estudos de autoria e coparticipação no contexto empresarial, também em relação às implicações do afastamento ou redução da responsabilidade penal no contexto de um programa de *compliance*, especialmente quando direcionados ao administrador, as perguntas tendem a superar as respostas, uma vez que grande parte dos problemas decorre da complexa estrutura a que está vinculada a atividade empresarial dos entes empresariais atuais.

Diante desse contexto, os princípios e categorias clássicos do direito penal podem e devem ser chamados a participar da resolução destas dificuldades, contudo, estas necessitam ser repensadas no quadro específico do contexto empresarial dos programas de *compliance*, de modo a serem refletidos o mais fielmente possível no plano jurídico. Na medida em que se mostrem efetivos, através de avaliações que somente podem ser feitas no processo de decisão do caso concreto, como aqui analisado, os programas de *compliance* poderão, na prática, ter impacto na avaliação da responsabilidade individual e da determinação das sanções aplicáveis⁶³.

⁶⁰ SOUSA, Susana Maria Aires. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 46.

⁶¹ SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Studia Iuridica*, 99, Ad Honorem, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 1005-1037. p. 1009-1010.

⁶² SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. *Studia Iuridica*, 99, Ad Honorem, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 1005-1037. p. 1036-1037.

⁶³ MENDES, Paulo de Sousa. *Law enforcement & compliance. Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2a ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coordenadores). Coimbra: Almedina, 2018. p. 11-20. p. 14.