

Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: aplicabilidade e função no direito português, à luz do direito comparado

Fabício Pinto Weiblen*

Sumário

1. Introdução. 2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e *compliance* criminal. 2.1. *Compliance* criminal: contexto e justificação. 2.2. Modelos de imputação da pessoa jurídica: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade. 2.3. Modelos de imputação e *compliance*. 3. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado: os modelos italiano, espanhol e chileno. 3.1. Modelos de imputação. 3.2. Natureza jurídica dos programas de *compliance*. 3.3. O ônus da prova em relação aos modelos de organização e controle. 3.4. Análise judicial dos modelos de organização e controle. 4. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pessoas coletivas) em Portugal. 4.1. A responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal português e o defeito de organização. 4.2. Aplicabilidade e função do *compliance* no modelo português. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho busca analisar o fenômeno do *criminal compliance* e sua influência na responsabilidade penal da pessoa jurídica em Portugal. Para tanto, inicialmente será contextualizado o surgimento desse fenômeno e seu enquadramento nos modelos de imputação das pessoas coletivas. Na segunda parte, serão estudados alguns dos principais aspectos relativos à função e à avaliação do *compliance* criminal no direito comparado. Por fim, o *compliance* será avaliado sob a perspectiva do ordenamento jurídico português. Desde já, pode-se adiantar, como conclusão principal, que os programas de conformidade podem ser aplicados em Portugal como possível causa de isenção de responsabilidade penal das pessoas coletivas, por meio do afastamento da tipicidade objetiva do fato em relação à empresa.

* Mestre em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Professor da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC). Professor convidado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

Abstract

This paper seeks to analyze the phenomenon of criminal compliance and its influence on the criminal liability of legal entities in Portugal. For this purpose, initially it will be contextualized the emergence of this phenomenon and its framing in the models of imputation of legal entities. In the second part, some of the main aspects related to the function and evaluation of criminal compliance in comparative law will be studied. Finally, compliance will be assessed from the perspective of the portuguese legal system. As result, it can be said that the compliance programs can be applied in Portugal as a possible cause of exemption from criminal liability of legal entities, through the removal of the objective typicity of the fact in relation to the company.

Palavras-chave: *Compliance criminal. Responsabilidade penal. Pessoas jurfdicas. Autorresponsabilidade. Heterorresponsabilidade. Defeito de organizaço.*

Keywords: *Criminal compliance. Criminal liability. Legal entities. Self-responsibility. Hetero-responsibility. Organizational defect.*

1. Introduo

Em um cenrio de crescente importncia das empresas como atores globais e geradores de riscos, alm de se evidenciar um maior consenso acerca da necessidade de responsabilizao penal dos entes coletivos, ganha relevncia tambm a disseminao do *compliance* como forma de preveno de riscos nas empresas, com reflexos inclusive na responsabilidade penal das pessoas jurfdicas.

Este estudo busca avaliar a influncia dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal, diante da ausncia de previso legal especfica, ao contrrio de pasies como Itlia e Espanha.

Para tanto, em um primeiro momento, ser feita uma anlise da evoluo da "autorregulao regulada" no contexto dos modelos de imputao de responsabilidade penal s pessoas jurfdicas. Na sequncia, ser verificado o tratamento, no direito comparado, do *compliance* como possvel causa de iseno de responsabilidade empresarial, sua funo e avaliao. Por fim, com olhos para o direito portugus, ser abordada a aplicabilidade e a funo do *compliance* na responsabilidade penal dos entes coletivos.

Como principais concluses, pode-se citar, de forma sinttica: a) que um modelo de imputao constitucionalmente adequado deve ser misto (nem uma pura heterorresponsabilidade nem uma pura autorresponsabilidade), como pode ser interpretado do modelo portugus; b) que a adoo de programas de *compliance* pode ter influncia na responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal, inclusive para isent-los de responsabilidade; c) que a adoo de um programa de conformidade adequado e eficaz afasta a tipicidade objetiva, pois torna ausente

um defeito de organização atribuível à empresa, a qual atuaria dentro de um risco permitido; d) que, embora o ônus da prova do defeito de organização seja da acusação, cabe à empresa, se suscitar como defesa a adoção de um programa de conformidade, fazer a prova correspondente; e) que a avaliação da adequação e da eficácia de um programa de *compliance* deve ser feita por uma perspectiva *ex ante* e a partir de sua influência concreta sobre a conduta criminosa das pessoas físicas.

2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e *compliance* criminal

2.1. *Compliance* criminal: contexto e justificação

A evolução tecnológica e a grande dinâmica econômica ensejam que grande parte dos riscos a que os cidadãos estão expostos decorram de decisões tomadas por outros no uso da tecnologia.¹ Diante dos novos riscos e inseguranças, surgem novas formas de controle social e o recurso ao direito penal exige uma mutação de seus pressupostos clássicos, em especial na proteção de bens jurídicos coletivos ou incorpóreos (meio ambiente, ordem econômica etc.), realidade na qual se insere o certo consenso atual sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas² como via necessária para o controle dos riscos de suas atividades. Além disso, a expansão do direito penal aliada ao volume e à dinâmica da atividade econômica levam a uma impossibilidade de controle estatal exclusivo desses novos riscos. O próprio papel do Estado encontra-se modificado, de modo que surgem reflexos, também no direito penal, do Estado regulador, como sucessor do Estado liberal e do Estado intervencionista keynesiano.³ Nesse contexto de controle mais difuso, há o ambiente propício para que o direito penal paulatinamente se utilize de um partilhamento de responsabilidades com os particulares para a prevenção de atividades delituosas.⁴

Ao associarem-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a tendência de partilhamento de responsabilidades, constata-se com facilidade o denominado *criminal compliance* como instrumento próprio desse cenário. Há uma nova “racionalidade penal”, em que o particular é inserido na gestão dos riscos inerentes à criminalidade econômica.⁵ A responsabilidade penal das pessoas jurídicas encontra-se cada vez mais vinculada à ineficácia de programas de *compliance*, o que está associado à “proliferação do fenômeno da autorregulação” (relacionada, por sua vez, à tomada de funções estatais por entes privados) e à maior aceitação do “status da cidadania corporativa”.⁶

¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35–36.

² *Ibid.*, p. 123.

³ *Ibid.*, p. 163.

⁴ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle, *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 4, n. 1, p. 98-113, 2018, p. 103.

⁵ *Ibid.*, p. 99 e 111.

⁶ Reforça-se o novo papel do direito penal de “instrumento de condução socioeconômica”. (SÁNCHEZ. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 218.)

A globalização também orienta o direito penal na direção de um tratamento sob o critério da eficácia, ou seja, não mais tão preocupado com uma construção teórica sólida, mas, sim, em responder de maneira eficaz à delinquência transnacional, já que a criminalidade da globalização é precipuamente econômica, com objeto evidentemente diverso dos paradigmas clássicos (“criminalidade de rua”).⁷⁻⁸

Nesse contexto, o *compliance* criminal⁹ deveria ser imposto pelo Estado, na denominada “autorregulação regulada”: o Estado regulador impõe a adoção de práticas internas pelas empresas e estabelece seus requisitos gerais, todavia, as minúcias e a implementação dessas medidas ficam a cargo das próprias pessoas jurídicas, cuja eficácia poderá ser avaliada oportunamente pelo Estado.¹⁰ Diante de uma criminalidade econômica global e complexa, os regulamentos das próprias empresas afetadas têm melhores condições de avaliar as especificidades técnicas e econômicas da realidade moderna, em comparação com os regulamentos administrativos ou penais gerais. Isso se deve principalmente ao seu conhecimento especial, à sua capacidade de agir globalmente (de que não dispõem nem os Estados nacionais nem organizações internacionais), bem como ao seu domínio dos meios de administração central que impedem o crime (desde competências hierárquicas até sistemas decisivos de informação). Portanto, a autorregulação seria uma abordagem mais eficaz do que a heterorregulação, sendo tratada, em muitos casos, como a única maneira de recuperar uma parte do controle do Estado na forma de “autorregulação regulada”.¹¹

⁷ *Ibid.*, p. 98-99.

⁸ Sob esse prisma de eficácia, justifica-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por fundamentos pragmáticos, não dogmáticos: apesar de se reconhecerem as críticas à possível flexibilização de categorias, enxerga-se isso como uma necessidade para que fatos graves não fiquem impunes (a responsabilização das empresas seria mais fácil do que se determinar a responsabilidade individual em contextos empresariais complexos) e para que haja o devido amparo às vítimas desses fatos delituosos (COLOMER, Juan-Luis Gómez. La persona jurídica acusada en el proceso penal español, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 49). Também referindo a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas como estratégia político-criminal: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, 2015, p. 127. Silva Sánchez apresenta uma menor resistência a essa reconfiguração se considerado que as empresas não se sujeitam a penas privativas de liberdade, o que admite, segundo sua proposta de direito penal de duas velocidades, uma flexibilização de categorias dogmáticas clássicas (SÁNCHEZ. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*). Em sentido similar, Reis Bravo admite uma posição dualista, em que o rigor das categorias dogmáticas clássicas do direito penal seria reservado aos casos sujeitos à pena privativa de liberdade, enquanto nos casos em que não há esse risco (como na responsabilidade das empresas), seria viável a flexibilização de garantias como critérios de imputação. (BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal dos Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 122.

⁹ Entendido de maneira sintética como a adoção de medidas internas pelas empresas para a prevenção de práticas delituosas em sua atividade. (LASCURAIN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, n. 1 a 4, 2015, p. 99.)

¹⁰ VILA, Ivó Coca. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 51.

¹¹ SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 98–99. Nesse cenário em que as grandes empresas atingiram um papel dominante, por serem elas que controlam, de forma direta ou indireta, grande parte dos serviços e funções públicas, cabe ao Estado garantir o alinhamento dos interesses

Na criminologia, pela associação diferencial de Sutherland, a conduta desviada é produto da aprendizagem, de modo que, quando uma pessoa integra-se em uma organização, como uma empresa, pode aprender a cometer delitos e também a justificá-los, deixando seus valores prévios que poderiam impedi-la da prática criminosa.¹² No mesmo sentido, Sykes e Matza, quando revelam especificamente as formas de justificação que o delinquente corporativo encontra para a prática criminosa, neutralizando seu sentimento de culpa.¹³⁻¹⁴ Sem prejuízo, os estudos da denominada *rational choice* revelam o criminoso, em especial na criminalidade econômica, como um ator racional (Gary Becker), que pondera custos e benefícios

públicos com os empresariais e, para tanto, pode utilizar-se de seu instrumento mais poderoso (o direito penal), diante da multiplicidade dos riscos gerados por essa atividade e da especial complexibilidade de sua contensão. Como superação de dois polos opostos (desregulação e regulação estatal clássica ou heterorregulação), surge esse mecanismo de intervenção estatal misto, chamado “autorregulação regulada” (*enforced self-regulation*) ou “corregulação”, em que o Estado recorre a empresas para que colaborem com a formulação de corpos normativos e com seu *enforcement*, mas de forma subordinada aos fins e interesses públicos predeterminados pelo próprio Estado. (VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? p. 43–45 e 51; MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, *Política Criminal*, v. 5, 2008, p. 2–4.). Também: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, in: BACIGALUPO, Silvina; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; BASALDUA, Juan Ignacio Echano (Orgs.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 677–679; MARTÍN, Adán Nieto. Introducción, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.

¹² Trata-se de um comportamento desviante ocupacional, em que o delito seria fruto da associação com valores e padrões de conduta desviantes, aprendidos, por exemplo, nas organizações empresariais (MARTÍN, Adán Nieto. Introducción al derecho penal económico y de la empresa, in: BARRANCO, Norberto J. de la Mata et al (Orgs.). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 41–45; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica, in: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 171.). Também: SAAD-DINIZ, Eduardo. Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal da pessoa jurídica, in: MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidad penal das pessoas jurídicas*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 123–124.; NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1; COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.; SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 121.

¹³ Tais como apelo à obediência hierárquica, ao fato de ser uma prática comum, a eventuais pressões por resultados dentro da empresa, ao suposto excesso das exigências legais, entre outros. (MARTÍN, Introducción al derecho penal económico y de la empresa, p. 41–45.). Também: SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 123–124.

¹⁴ Há, nesse ponto, também estudos sobre desvios cognitivo-comportamentais e sua influência nos comportamentos antiéticos em contexto de empresa. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo, in: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNANDES, Raquel (org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013.; GUARAGNI, Fábio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Orgs.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*, Londrina: Thoth, 2017, p. 45–77.)

da conduta criminosa e que encontra no seio de uma organização empresarial o ambiente ideal para essa análise.¹⁵ Esses pontos principais para a prevenção de delitos corporativos justificariam a disseminação da responsabilidade penal das empresas e a importância do *compliance* como forma de redução dos fatores criminógenos das organizações empresariais, substituindo-os por uma cultura de cumprimento normativo e incrementando o risco de detecção de comportamentos criminosos (o que é decisivo para o efeito intimidante).¹⁶

A consagração desse modelo foi pioneira nos EUA, com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas,¹⁷ a atenuação de sanções das empresas no caso de programas efetivos de *compliance*,¹⁸ a definição de deveres de organização para empresas com ações registradas na SEC¹⁹ e a especial atenção à figura dos *whistleblowers*, que foram vinculados aos programas de *compliance*.²⁰ Na Europa, além das normativas no âmbito europeu,²¹ o mesmo fenômeno é representado pelo recente *Bribery Act* britânico (de 2010), que criou uma infração autônoma para a pessoa jurídica denominada *failure of commercial organisation to prevent bribery* e permite a defesa da empresa no sentido de que adotou procedimentos adequados desenhados para prevenir que pessoas adotem tal comportamento de corrupção.²² Também são marcos evidentes as previsões da Itália (em 2001) e da Espanha (a partir de 2010), cuja análise será feita de forma detida mais adiante.²³

¹⁵ MARTÍN. Introducción al derecho penal económico y de la empresa, p. 41–45.

¹⁶ *Ibid.*; SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 258; SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 96–97.

¹⁷ FCPA, de 1977, que introduziu três grandes novidades (e que seriam as principais características da “privatização da luta contra a corrupção”): a punição de corrupção praticada por particulares, a ultraterritorialidade, isto é, o julgamento de fatos ocorridos no exterior e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 193–196.), a qual teria como objetivo último o incentivo à adoção de medidas internas de prevenção e investigação de delitos, privatizando as funções públicas correspondentes. (*Ibid.*, p. 201.)

¹⁸ *U.S. Sentencing Guidelines*, que, além disso, também prevê como atenuante a confissão e cooperação da empresa com as investigações.

¹⁹ Tais como dever de incluir, nos registros financeiros, relatórios de órgãos de controle interno e previsão de atenuação de sanções no caso de adoção ou reformulação de programas de *compliance*, conforme o *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002, editado na esteira dos escândalos de grandes empresas (como World-Com e Enron).

²⁰ *Dodd-Frank Act*, de 2008, editado após a crise financeira global, que deu estímulo a que empregados informem infrações dentro da empresa, garantindo-se anonimato, isenção ou atenuação de pena e, inclusive, recompensas monetárias pelo auxílio nas investigações. (SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 128–132; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. Gatekeepers e soluções de compliance, *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017, p. 74–76)

²¹ Recomendação R (88) 18, do *Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre responsabilidade penal de empresas*, de 1988: “a empresa deve ficar isenta de responsabilidade quando a sua organização não se viu implicada no delito cometido e tomou as medidas necessárias para impedir a sua comissão”.

²² A infração sanciona a empresa em cujo nome se praticou corrupção, ainda que no estrangeiro, desde que a empresa tenha negócios no Reino Unido, ou seja, adota aqueles mesmos três pilares (nota 18) da “privatização da luta contra a corrupção”. (MARTÍN. La privatización de la lucha contra la corrupción, p. 202)

²³ Na Alemanha existem deveres legais de organização em certos setores de atividade e a questão do controle do crime através de programas de conformidade teve ampla divulgação ao menos a partir de

Por fim, essa tendência é reforçada pelos estudos empíricos. Em uma investigação de 2007, foram entrevistadas 1166 empresas alemãs, das quais 61% possuíam diretrizes éticas, enquanto 37% tinham programas de *compliance* com parâmetros de conduta controlados. Por sua vez, nos EUA, 94% das empresas tinham diretrizes de ética, que foram reforçadas em 73% dos casos mediante programas de *compliance*.²⁴ Quanto à eficácia dos programas, a mesma investigação indicou que, em todo o mundo, 38% das empresas com normas éticas e programas de *compliance* foram vítimas de crimes econômicos, enquanto no grupo comparativo (sem tais medidas) o índice foi de 54%. Trata-se de resultados notáveis, uma vez que a “cifra negra” em empresas sem tais programas tende a ser mais alta do que em empresas que os adotaram (pois abrangem ferramentas de detecção de fraudes e práticas delituosas), indicando a eficácia de programas adequados de ética e conformidade.²⁵⁻²⁶

2.2. Modelos de imputação da pessoa jurídica: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade

Como dito, o avanço do *compliance* como objeto de estudo do direito penal está intimamente ligado à consolidação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Porém, como se trata de modificação significativa das categorias clássicas do direito penal,²⁷ houve diversas propostas de compatibilização, que podem ser separadas em dois grandes grupos: modelos de heterorresponsabilidade e modelos de autorresponsabilidade.²⁸

Os modelos de heterorresponsabilidade, em linhas gerais, baseiam a responsabilização da pessoa jurídica exclusivamente na conduta da pessoa física, de modo que o crime cometido por esta é transferido para o ente coletivo.²⁹ Têm sua

2007, com as investigações no caso de corrupção da Siemens. (SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 64–65.)

²⁴ *Ibid.*, p. 69.

²⁵ *Ibid.*, p. 96–97.

²⁶ Pesquisa de 2018 de mesma autoria reuniu dados de mais de 7200 participantes de 123 países, sendo 86 participantes de Portugal (parte significativa do setor financeiro). Ela aponta que, globalmente, 45% das empresas já utilizam ou pretendem adotar soluções de *compliance* nos próximos 12 meses, enquanto em Portugal esse índice é de 38%. (PricewaterhouseCoopers. A fraude vista à lupa. *Global Economic Crime and Fraud Survey 2018 - Perspetiva sobre Portugal*, 2018, p. 13.)

²⁷ Com o reconhecimento do ente coletivo como sujeito jurídico e a superação de obstáculos à aceitação dessa possibilidade (como a incapacidade de ação e a incapacidade de culpa), ilustrados pela expressão latina *societas delinquere non potest*. (MAGALHÃES, Tiago Coelho. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 25, 2015, p. 146–149.)

²⁸ Para maiores considerações sobre as diversas teorias relativas à culpabilidade das pessoas jurídicas, vide também: ROCHA, Jorge Bheron. *A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 80. e ss.; ANDORFATO, João J. Anhê. Um contributo aos estudos sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, in: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Modernas Técnicas de Investigação e Justiça Penal Colaborativa*. 1a. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 24–28; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 86, 2010, p. 48–54.

²⁹ BRITO, Teresa Quintela de. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, in: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminas. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, 1a. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1227–1228.

origem identificada com o surgimento da responsabilização das pessoas jurídicas no direito anglo-saxônico, em especial nos EUA, com a denominada *vicarious liability*, até hoje associada aos modelos de heterorresponsabilidade (também chamados de responsabilidade vicarial).³⁰ A premissa básica é o de que a pessoa jurídica é considerada responsável pelas ações e omissões de seus representantes e órgãos, quando realizadas em nome e no interesse do próprio ente coletivo. Por meio de um mecanismo de imputação normativa, o fato e a culpa da pessoa física são transferidos à pessoa jurídica, sem que se questione uma censurabilidade própria do ente coletivo.³¹

Uma das principais críticas a esse modelo reside na dificuldade representada pela “irresponsabilidade organizada”,³² pois, se a responsabilização penal das empresas é justificada pela dificuldade de identificação de responsáveis individuais em organizações empresariais complexas, fazer a responsabilidade do ente coletivo depender de uma apuração de fato de órgão ou representante da pessoa jurídica conduz à ineficácia também do modelo de responsabilização das empresas.³³ As críticas, já em um plano mais dogmático, abrangem: a dificuldade de transferência do elemento subjetivo em casos de pluralidade de agentes, uns atuando com dolo e outros com culpa; questionamentos envolvendo atos isolados praticados por agentes no seio da pessoa jurídica, sem que haja contribuição desta; o fato de assemelhar-se a uma responsabilidade por fato alheio, com características de responsabilidade objetiva e, portanto, com violação a diversos princípios constitucionais amplamente consagrados nas Constituições modernas, tais como a pessoalidade das penas e a culpabilidade.³⁴

Por sua vez, o modelo de autorresponsabilidade, na sua forma pura, fundamenta a responsabilização da pessoa jurídica em um fato próprio do ente coletivo, onde se analisam também o elemento subjetivo, a ilicitude e a culpa. O objeto de imputação é um fato coletivo consistente em uma auto-organização falha ou uma “gestão defeituosa dos riscos típicos da exploração”. O delito da pessoa física no interior da empresa seria apenas uma condição objetiva de punibilidade do estado de perigosidade da organização, isto é, apenas a manifestação da gestão falha de riscos ou da organização defeituosa.³⁵⁻³⁶

³⁰ Surgiu por criação jurisprudencial, como é próprio daquele sistema, mas posteriormente recebeu aportes dogmáticos, dando origem a essa categoria também denominada de responsabilidade por substituição, por transferência ou por ricochete.

³¹ MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 162–166.

³² DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

³³ MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 169–170.

³⁴ *Ibid.*, p. 172–175.

³⁵ BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes coletivos, p. 1227–1228.

³⁶ Entre as propostas de autorresponsabilidade pura, destacam-se: Heine e o “domínio de organização funcional-sistêmico”, com uma culpabilidade do ente pela condução da atividade empresarial; Lampe e a

Uma primeira crítica aos modelos puros de autorresponsabilidade reside na nebulosidade do conceito de fato coletivo como simples organização deficiente, que prescinde do fato individual senão como simples condição objetiva de punibilidade.³⁷ Além disso, ao se reduzir o objeto de imputação à organização falha ou deficiência na gestão de riscos, tal modelo representaria uma culpa pelo caráter ou pela condução da vida, repudiada pelo direito penal.³⁸ Ainda, se o crime da pessoa física for manifestação da organização defeituosa, haveria ofensa à presunção de inocência ao se presumir o fato coletivo e atribuir à empresa o ônus de comprovar a adequada organização empresarial, aproximando-se de uma responsabilidade objetiva. Questiona-se também se a associação do fato coletivo a um defeito de organização não o reduziria a um delito culposo, com dificuldades em tipos penais que exigem o dolo.³⁹⁻⁴⁰

Deve-se citar ainda a proposta de Klaus Tiedemann,⁴¹ segundo a qual o ordenamento jurídico imporia à empresa um dever de organização para assegurar que seus integrantes agissem conforme o Direito. Assim, eventual crime das pessoas físicas seria tido como um “fato de conexão”, atribuído ao ente coletivo em razão de ser resultado de um defeito na organização. Trata-se de uma solução intermediária: não prescinde do fato individual como “fato de conexão” e introduz a ideia de

“culpa pelo mau caráter da empresa”; e Gómez-Jara Díez, com seu modelo construtivista de culpabilidade empresarial (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 187–197.). Sobre este último modelo, vide DíEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*; DíEZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, 2013.

³⁷ BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1228.

³⁸ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro, *Revista Liberdades - Ed. Especial - Reforma do Código Penal*, 2012, p. 119–125; SILVA, Sofia Serpa Andrade e. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 69.

³⁹ MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 191–192. Questionamentos similares apresenta DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 114–115

⁴⁰ Em sentido similar, sustenta-se que os modelos de autorresponsabilidade implicam que a responsabilização da pessoa jurídica cingir-se-ia sempre na violação de um único dever de cuidado (não criação de um sistema capaz de evitar delitos), com um único tipo penal (organização inadequada) e deixaria diversos questionamentos sem resposta, tais como a separação de delitos dolosos e culposos, definições de imputação, avaliação do resultado delitivo e definição de tentativa. (BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. Coimbra: Almedina, 2018, p. 38.)

⁴¹ Classificada ora como heterorresponsabilidade, ora como autorresponsabilidade, e há quem a coloque no meio do caminho entre ambos os polos. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 179; MARTÍN. Introducción, p. 14–15.)

“culpa pela organização”.⁴²⁻⁴³ Tal proposta está próxima dos denominados modelos mistos de imputação, que apresentam características de ambos os sistemas: partem do fato de uma pessoa física que integra o ente coletivo (próximos, portanto, da heterorresponsabilidade), mas a atribuição desse fato à pessoa jurídica depende de uma culpabilidade própria desta, centrada no defeito de organização, cuja inexistência pode ser provada, afastando a responsabilidade da empresa. Sem prejuízo, agregam uma das principais vantagens do modelo de autorresponsabilidade: a desnecessidade de punição da pessoa física para que haja responsabilização da pessoa jurídica.⁴⁴

2.3. Modelos de imputação e *compliance*

Os diversos modelos de imputação trazem também consequências diferentes, como no caso do *compliance* criminal, que tem função e limites distintos, de acordo com o sistema que se adote.⁴⁵

Nos ordenamentos que adotam a heterorresponsabilidade, a implementação de programas de conformidade poderá prevenir a ocorrência de crimes no seio da empresa. Porém, no caso de delitos praticados por seus órgãos ou representantes no exercício de suas funções e no interesse coletivo, haverá a necessária responsabilização do ente coletivo, sem que o programa de conformidade possa afastá-la, podendo, quando muito, apenas atenuar as sanções.⁴⁶ É o caso, por exemplo, dos EUA, onde os programas de *compliance*, assim como a cooperação da pessoa jurídica, são previstos expressamente como atenuantes das sanções.⁴⁷ No Brasil, ainda prevalece

⁴² Conceito que posteriormente iria ser adotado, em maior ou menor medida, pelos modelos puros de autorresponsabilidade. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 180–182.

⁴³ Embora não esteja isenta de crítica, em especial quanto à impossibilidade de afastamento da responsabilidade pela prova da organização suficiente e pela utilização da *actio libera in causa* para tentar solucionar o problema da distinção temporal entre a organização e o fato. (DIAS. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), p. 116–117). Apesar das críticas, Silva Dias entende a proposta de Tiedemann como um bom ponto de partida. Nesse sentido, também: ARÁN, Mercedes García. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, p. 45–56, 1998, p. 54.

⁴⁴ SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 135–139. Em sentido similar: ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 149–150; SARAIVA, Renata Machado, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 31.

⁴⁵ SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 31. No mesmo sentido: MARTÍN. Introducción, p. 15–16.

⁴⁶ SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 36.

⁴⁷ United States Sentencing Commission. *Sentencing Guidelines Manual*, 2016, p. 525. e ss. Na prática, porém, os *compliance programs* atuam como verdadeiras causas de isenção de responsabilidade das pessoas jurídicas nos EUA, pois, dada a amplitude que têm os *Non-Prosecution Agreements* e os *Deferred Prosecution Agreements* e diante do disposto nos *Principles of Prosecution*, a adoção de modelos de organização e prevenção eficazes gera uma alta probabilidade de que o Departamento de Justiça renuncie à imputação. (SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 673–674.)

o entendimento de que a Lei dos Crimes Ambientais⁴⁸ adotou um modelo de heterorresponsabilidade,⁴⁹ de modo que o *compliance* não é visto como causa de isenção de responsabilidade. A previsão acerca do *compliance* está na denominada Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2012), que trata de uma responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas⁵⁰ e traz os programas de integridade apenas como causas de atenuação das sanções. (art. 7º, III)⁵¹

De outro lado, nos ordenamentos que adotam a autorresponsabilidade de forma pura, a implementação efetiva de um programa de conformidade redundará na inexistência de um defeito organizacional do que decorre a ausência do próprio fato coletivo imputável à pessoa jurídica. Ou seja, a adoção de medidas efetivas de prevenção à criminalidade anteriormente ao crime da pessoa física (que nesses modelos configura mera condição objetiva de punibilidade) enseja a própria inexistência de fato típico da pessoa coletiva, por ausência de organização deficiente ou conduta empresarial criminógena, de modo que haverá isenção da responsabilidade da empresa.⁵² São citados como tais o modelo australiano e o modelo suíço.⁵³

Por fim, no modelo misto, como visto, a responsabilização da pessoa jurídica pela conduta da pessoa física depende, em geral, de um defeito de organização, que seria o fundamento da culpabilidade autônoma do ente coletivo. Até mesmo diante da imprecisão do que se trata de uma organização deficiente, os programas de *compliance* poderiam exercer a função de delimitar esse parâmetro, de modo que medidas de integridade eficazes isentariam a responsabilidade da pessoa jurídica por excluírem o defeito de organização. A autorregulação, nesse sentido, seria a base do modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁵⁴ Assim, muitos enxergam na proposta de Tiedemann, de culpa pelo defeito de organização, uma via de entrada para que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tenha como um dos principais objetivos (senão o principal) o estímulo à adoção de programas

⁴⁸ Lei n. 9.605/98, única com previsão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil.

⁴⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 988, 2018, p. 47–48; MOURA, Evânio. Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais, *Revista dos Tribunais*, v. 987, 2018, p. 224.

⁵⁰ Embora alguns enxerguem verdadeira responsabilidade penal. (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 167–169.)

⁵¹ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A responsabilização do compliance officer e a Lei Anticorrupção, *Revista Síntese*, v. 148, 2018, p. 86–87; SOUZA, Renee; LIMA, Rogério Sanches de. Compliance como instrumento de combate à corrupção, *Revista Síntese*, v. 141, 2017, p. 199; RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, 2015; FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação, in: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36–39.

⁵² SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 40–42; MARTÍN. Introducción, p. 15–16; DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 62–63.

⁵³ SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 42; DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 64.

⁵⁴ MARTÍN. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, p. 14–18; SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 46.

de *compliance*, com uma visão eminentemente preventiva. Para tanto, a previsão de isenção de responsabilidade pela adoção eficaz desses programas seria essencial.⁵⁵

3. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado: os modelos italiano, espanhol e chileno

Embora os principais marcos históricos dos programas de conformidade com repercussão penal residam no direito norte-americano, mais recentemente há importantes previsões acerca do tema nos países de tradição do *civil law*, mais próximos de Portugal, entre os quais se destacam, por sua extensão e detalhamento, as disciplinas legais da Itália (em 2001), do Chile (em 2009) e da Espanha (em 2010, com ampla reforma em 2015).⁵⁶ Além disso, a doutrina reconhece que a responsabilidade das pessoas coletivas no direito português aproxima-se dos critérios italianos,⁵⁷ que também serviram de referência para os modelos espanhol e chileno.⁵⁸

A semelhança é vista tanto em relação às hipóteses de responsabilização (critérios de imputação) penal da pessoa jurídica⁵⁹ quanto no tocante ao regramento e às consequências dos programas de conformidade (isenção de responsabilidade).⁶⁰

⁵⁵ SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 106–109; MARTÍN. Introducción, p. 15–18.

⁵⁶ VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, p. 61.

⁵⁷ SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p. 225.

⁵⁸ LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, p. 114. No mesmo sentido: PÉREZ, Elena Gutiérrez. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, *Revista General de Derecho Penal*, v. 24, 2015, p. 4; VILELA, Alexandra. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª.: Almedina, 2018, p. 108.

⁵⁹ Na Itália, o DL n. 231/2001 estabelece que a pessoa jurídica responde por atos, cometidos no seu interesse ou para sua vantagem, por parte de seus dirigentes ou representantes (art. 5º, 1., “a”) ou por parte de pessoas sujeitas ao controle e vigilância daqueles dirigentes (art. 5º, 1., “b”), desde que, neste último caso, o fato tenha se tornado possível em razão da inobservância de deveres de vigilância e direção (art. 7º, 1.). Por sua vez, no Chile, a Lei n. 20.393/2009 dispõe, em seu art. 3º, que a pessoa jurídica será responsabilizada por fatos cometidos em seu interesse ou proveito, pelos dirigentes ou representantes, ou por pessoas sujeitas a estes, desde que, em qualquer caso, a comissão do delito tenha sido consequência da violação, pela pessoa jurídica, dos deveres de vigilância e supervisão. Por fim, o CP espanhol disciplina, em seu art. 31 *bis* 1., que responderá a pessoa jurídica pelos crimes cometidos, por conta e em seu benefício direto ou indireto, por seus dirigentes ou representantes (alínea “a”) ou por pessoas submetidas à autoridade destes últimos, desde que, neste último caso, o fato tenha sido possível pelo grave incumprimento, por parte daqueles, dos deveres de supervisão, vigilância e controle (alínea “b”).

⁶⁰ Nesse ponto, o DL 231/2001, da Itália, prevê que o ente não responde se provar que adotou, de forma eficaz, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão, com diversos requisitos (art. 6º, 1. e 2.), sendo menos exigentes os requisitos no caso de fatos cometidos pelos subordinados (art. 7º). No mesmo sentido, a Lei chilena considera cumpridos os deveres de direção e supervisão quando, antes da prática do crime, a entidade legal adotou e implementou modelos de organização, administração e supervisão para prevenir crimes como o cometido (art. 3º da Lei n. 20.393/2009), cujos requisitos são detalhados no art. 4º do mesmo diploma legal. Por fim, o CP espanhol dispõe que a pessoa jurídica estará isenta de responsabilidade se forem cumpridas algumas condições, entre as quais a implementação eficaz, antes do crime, de modelos de vigilância e controle para prevenir delitos da espécie do cometido, com seus requisitos mínimos previstos expressamente (art. 31 *bis* 2. e 5.), sendo também menos rigorosos no caso de fatos praticados por funcionários de menor hierarquia (art. 31 *bis* 4.).

Todavia, embora quanto ao primeiro ponto haja uma similaridade com o art. 11º do CP português, este não traz previsão expressa quanto às repercussões de eventual programa de conformidade, de modo que a análise daqueles sistemas revela-se útil.

3.1. Modelos de imputação

Como visto, um dos principais aspectos para se definir a função do *compliance* na responsabilidade dos entes coletivos reside no modelo de imputação adotado.

Na Itália, deixando de lado a discussão acerca da própria natureza da responsabilidade estabelecida no DL 231/2001,⁶¹ o regime jurídico estabelece uma culpabilidade autônoma da pessoa jurídica, de caráter normativo e desvinculada de fatores psicológicos típicos da pessoa física,⁶² denominada “culpa da organização”, que tem duas principais vantagens: justifica uma reprovação do ente coletivo diante do descumprimento de um dever de se organizar, estabelecendo um vínculo autônomo com o fato criminoso e, do ponto de vista empírico-criminológico, incentiva uma cultura de legalidade e permite que modelos de organização eficazes e a colaboração com os órgãos de persecução gerem uma isenção de responsabilidade.⁶³ Não é admitida, portanto, uma responsabilização objetiva, adotando-se um critério de culpa da empresa pela deficiência na organização, representada pela não adoção de modelos preventivos eficazes, entendimento que restou acolhido pela jurisprudência.⁶⁴ Há uma clara relação entre o crime cometido por uma pessoa física, no interesse da

⁶¹ A Constituição italiana dispõe, em seu art. 27, que “a responsabilidade penal é pessoal”, o que sempre foi entendido como vinculada necessariamente ao indivíduo. Embora parte da doutrina já tenha interpretado tal dispositivo apenas como uma vedação à responsabilidade penal objetiva, o fato é que o DL 231/2001, provavelmente para não enfrentar essa discussão (TESI, Maristella Amisano. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, p. 303–331, 2012, p. 305.), previu expressamente que se tratava de uma responsabilidade administrativa, embora com um sistema híbrido, pois é derivada de crimes cometidos por pessoas físicas e julgada perante um juízo criminal (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 174; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 98; CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 132, 2017, p. 43.). A maioria da doutrina considera que se trata de responsabilidade penal, embora disfarçada, todavia, a jurisprudência tem variado entre uma e outra posição, além de uma qualificação como “terceiro gênero” de responsabilidade (o próprio relatório prévio ao decreto refere à criação de um *tertium genus* de responsabilidade, conforme TESI, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 306–308., mas reconhece, em qualquer caso, a necessidade de observância dos princípios de direito penal (Cass., n. 38343, de 18/09/2014) (FRATINI, Paolo. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, Dissertação de Mestrado, Università Degli Studi Firenze, Florença, 2017, p. 34–38.). Sobre essa discussão, ver: CORTONI, Giulia. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, Dissertação de Mestrado, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2013, p. 146–164.

⁶² FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 59–60.

⁶³ CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 63–68.

⁶⁴ “[...] o ente responde por fato próprio, sem comprometer o princípio constitucional da proibição da responsabilidade penal por fato de outrem (art. 27 da Constituição). O DL n. 231 não delinea uma hipótese de responsabilidade objetiva, prevendo, ao contrário, a necessidade da ‘culpa da organização’ do ente, por não providenciar um esquema de medidas preventivas idôneas a evitar o cometimento de delitos como aquele realizado [...]” (Cass, Sez. VI, 18/02/2010, n. 27.735), citada por: SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 181.

pessoa jurídica, e a responsabilização desta, que, porém, é independente, já que prescinde da identificação e da imputabilidade da pessoa física, bem como de eventual prescrição do crime individual (art. 8º do DL n. 231/2001).⁶⁵ A vinculação com o fato individual, aliada à culpa autônoma da pessoa jurídica (por defeito de organização), leva à conclusão pela adoção de um modelo misto de imputação na Itália.⁶⁶

Da mesma forma, o modelo chileno é reconhecido como um modelo misto ou⁶⁷ modelo atenuado de responsabilidade derivada,⁶⁸ pois associa a necessidade de um fato de conexão cometido pela pessoa física e uma contribuição da pessoa jurídica, por meio de um defeito de organização. Muito embora a jurisprudência ainda não tenha feito uma análise aprofundada da natureza da culpa da pessoa jurídica,⁶⁹ sua autonomia é reforçada pelo art. 5º da Lei n. 20.393/2009, já que permanece a responsabilidade do ente coletivo mesmo quando a do indivíduo tenha se extinguido ou quando este não for identificado.⁷⁰ O modelo de imputação, portanto, tem natureza mista, pois prevê a responsabilidade da empresa pelos atos de seus gerentes e empregados, sejam ou não identificados, cometidos diretamente em seu interesse ou benefício, desde que o crime tenha decorrido da violação dos deveres de direção e supervisão da pessoa coletiva.⁷¹

Na Espanha, houve a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ano 2010, com previsão tímida das medidas de *compliance*, apenas como atenuantes, se adotadas após o crime, mas antes do juízo oral. Até por isso, havia divergência quanto ao modelo adotado, principalmente nos crimes dos dirigentes da empresa,⁷² para os quais não havia exigência expressa de inobservância de deveres de vigilância e supervisão. Assim, alguns viam um modelo de heterorresponsabilidade ou responsabilidade por fato alheio,⁷³ pois a lei não exige fato próprio (defeito de organização ou falta de controle) da pessoa jurídica, independentemente da via de imputação.⁷⁴ Em certos pontos, porém, já se enxergava uma opção intermediária, uma

⁶⁵ TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 309.

⁶⁶ Contra, entendendo que se trata de um modelo de autorresponsabilidade: SARAIVA, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

⁶⁷ MONDACA, Iván Navas; LABARCA, Antonia Jaar. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, *Política Criminal*, v. 13, n. 26, 2018, p. 1033.

⁶⁸ BASUALTO, Héctor Hernández. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, *Política Criminal*, v. 5, n. 9, 2010, p. 217.

⁶⁹ MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1045.

⁷⁰ Desde que demonstrado que o crime foi necessariamente praticado no âmbito das funções e atribuições das pessoas indicadas na lei como geradoras de responsabilidade da empresa. (BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 223.).

⁷¹ ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 145–146. Contra, entendendo que se trata de um modelo de autorresponsabilidade: SARAIVA, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

⁷² TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 39–41.

⁷³ Díez. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, p. 444–445.

⁷⁴ Ou seja, seria uma responsabilização indireta por ato ilícito dos dirigentes (primeira via de imputação) ou dos subordinados, desde que os dirigentes não tenham adotado medidas eficazes de controle (segunda

conexão normativa entre o ilícito das pessoas físicas e a pessoa jurídica. Ou seja, embora indireta, não havia responsabilidade objetiva ou por puro fato alheio, pois se exigia identidade de interesses com a pessoa jurídica (ato em nome e proveito da pessoa jurídica ou falha no controle também por conta e em proveito da pessoa jurídica).⁷⁵

Com a reforma pela LO n. 1/2015, os modelos de organização e gestão foram previstos expressamente como causas de isenção de responsabilidade. Além disso, o preâmbulo da LO referiu que ela buscava colocar “um fim às dúvidas interpretativas que haviam sido levantadas pelo regulamento anterior, que por alguns setores tinha sido interpretado como um regime de responsabilidade vicarial”.⁷⁶ A *Fiscalía General del Estado*, ao interpretá-la, porém, manteve a posição pela responsabilidade por transferência/vicarial, em razão da manutenção dos fatos de conexão consistentes nos crimes das pessoas físicas, embora, ao observar aspectos que autonomizavam a responsabilidade da empresa em relação ao indivíduo, tenha vislumbrado um modelo de heteroresponsabilidade atenuado, mas nunca um sistema de imputação própria ou de autorresponsabilidade em sentido estrito. Reconheceu que o defeito organizacional, construído como causa de isenção da pena, funciona como pressuposto e reforço da culpa, banindo qualquer indício de responsabilidade penal objetiva.⁷⁷ Alguns viram nisso o reconhecimento de um modelo intermediário,⁷⁸ enquanto outros diferenciam o modelo adotado de acordo com a via de imputação: nos crimes cometidos por dirigentes e representantes seria uma responsabilidade vicarial, enquanto nos crimes cometidos por subordinados haveria uma autorresponsabilidade.⁷⁹ O Tribunal Supremo espanhol, por sua vez, após uma indefinição inicial,⁸⁰ adotou, por maioria, posição que parte da doutrina e interpretou como uma opção pela autorresponsabilidade,⁸¹⁻⁸² porém, em 2019, mudou de entendimento e aparentemente cindiu o modelo adotado

via de imputação). (CUSSAC. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, p. 47–48; Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.)

⁷⁵ CUSSAC. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, p. 56–57.

⁷⁶ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 2.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 5–10.

⁷⁸ Embora sustentem que se trata de um modelo de “corresponsabilidade” em que cada um dos responsáveis pelo mesmo evento é responsabilizado por diferentes motivos regulatórios. (SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 2, 2016, p. 3 e 24–27.)

⁷⁹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, in: BARRANCO, Norberto J. de la Mata *et al.* (Orgs.), MARTÍN *et al.* *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 137.

⁸⁰ “Quer se escolha um modelo de responsabilidade pelo próprio ato ou por uma fórmula de heteroresponsabilidade, [...] qualquer pronunciamento condenatório de pessoas jurídicas deve se basear nos princípios inalienáveis que informam o direito penal” (STS 514/15, de 2/9/2015), citado também por: PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 2.

⁸¹ STS 154/2016, enquanto o voto minoritário teria optado pelo modelo de heteroresponsabilidade.

⁸² Posição mantida na STS 221/2016, de 16 de março, e na STS 583/2017, de 19 de julho. (UGARTE, Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*, Dissertação de Mestrado, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2018, p. 12–13.)

em cada uma das vias de imputação (heterorresponsabilidade nos crimes de dirigentes e autorresponsabilidade nos crimes de subordinados).⁸³

3.2. Natureza jurídica dos programas de *compliance*

Ainda que em todos os países analisados o *compliance* possa isentar a responsabilidade do ente coletivo, a discussão subsiste quanto à natureza jurídica desses programas na teoria geral do crime, o que terá repercussões práticas importantes.

Na Itália, há divergência quanto à natureza jurídica dos programas de *compliance*.⁸⁴ Em especial para crimes cometidos por dirigentes, alguns qualificam-nos como causa de exclusão da culpabilidade, que introduz um elemento novo e não exigido para a responsabilização da entidade, enquanto outros enxergam uma causa de exclusão da punibilidade, baseados no relatório prévio ao DL que previa tal natureza para circunstância similar.⁸⁵ Por outro lado, há quem associe o déficit de organização a um requisito de imputação, a qual exigiria: uma relação de causalidade mínima (ainda que mera facilitação) entre o evento concreto e a desorganização da empresa; a previsibilidade desse risco e da possibilidade de preveni-lo por meio da organização e, no caso de uma organização insuficiente ou ineficaz, a geração de um risco acima do aceito.⁸⁶ Ou seja, aproxima-se de critérios de imputação objetiva, de modo que modelos de organização e gestão eficazes seriam causas de exclusão da própria tipicidade.⁸⁷

No caso chileno, a solução parece ser mais simples, uma vez que a Lei n. 20.393/2012 estabelece de forma expressa que, em qualquer caso (crimes cometidos por dirigentes ou por subordinados), a imputação dependerá sempre de uma inobservância dos deveres de controle e vigilância por parte da empresa (art. 3º). Assim, embora a doutrina não se detenha nesse ponto, referindo-se mais ao defeito de organização como fundamento da culpabilidade autônoma da pessoa jurídica,⁸⁸ a legislação evidencia que essa falha é elemento constitutivo da imputação.

Na Espanha, há intensa controvérsia sobre o tema. Aqueles que veem um sistema de heterorresponsabilidade entendem que os programas de *compliance* são uma causa de exclusão pessoal da punibilidade, uma escusa absolutória.⁸⁹ O TS, num primeiro momento, afastou expressamente essa interpretação, por apertada

⁸³ STS 742/2018, de 7 de fevereiro de 2019.

⁸⁴ Modelos de organização e gestão, na dicção do art. 6º do DL n. 231/2001.

⁸⁵ CORTONI. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 86–87.

⁸⁶ FRATINI. *Colpa di organizzazione e "modelli 231": fra prevenzione e colpevolezza*, p. 66.

⁸⁷ Sem prejuízo, a adoção de sistemas de organização preventivos, mesmo após o fato, pode atuar como atenuante das sanções, com os seguintes possíveis efeitos, a depender do caso: exclusão das sanções de inabilitação e publicação da sentença (arts. 17 e 18); redução substancial da sanção pecuniária (art. 12); pedido de suspensão das medidas cautelares de desqualificação e conversão de penalidades de desqualificação em multas. (art. 78) (CORTONI. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 102–103.)

⁸⁸ MONDACA; LABARCA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena*, p. 1038–1039; BASUALTO. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, p. 225.

⁸⁹ Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.

maioria:⁹⁰ a atribuição de responsabilidade penal ao ente coletivo, em qualquer hipótese, deveria partir da análise de se o crime da pessoa física foi possível ou facilitado pela ausência de uma cultura de respeito pelo direito na empresa,⁹¹ razão pela qual a exigência dos programas de conformidade afastaria o tipo objetivo⁹² e essa exigência decorreria de necessidade constitucional (princípios da culpabilidade e da presunção da inocência).⁹³ Recentemente, porém, o TS afirmou que, no caso dos crimes praticados por dirigentes, não há necessidade da ocorrência de uma grave violação dos deveres de supervisão ou controle, o que é aplicável apenas aos delitos cometidos por empregados,⁹⁴ de modo que afastou o defeito de organização do tipo objetivo na primeira hipótese.

Apesar de alguma divergência,⁹⁵ parece prevalecer na doutrina que o defeito de organização faria parte do tipo objetivo, em qualquer hipótese, uma vez que critérios acerca de elementos da teoria do delito não são descritos expressamente na legislação, mas definidos pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive a partir de causas de exclusão de responsabilidade.⁹⁶ Assim, ao critério de imputação exposto

⁹⁰ Maioria de 8 votos contra 7, sendo que o voto vencido afastou, de forma contundente, que a ausência de medidas de controle e vigilância estariam no “núcleo da tipicidade” ou configurariam um elemento independente do tipo objetivo, pois não se encontram tais requisitos na lei. Quanto aos crimes cometidos por dirigentes, inclusive, a minoria deixou claro que a imputação depende apenas de um ato criminoso em nome da sociedade e em seu benefício, critério que se baseia nos princípios gerais de *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* ou mesmo na culpa “em constituendo” e culpa “em instruendo”. Por sua vez, a prova de programas de *compliance* eficazes afastaria a culpabilidade.

⁹¹ Cultura que se manifestaria em algum tipo de formas concretas de vigilância e controle do comportamento de seus dirigentes e subordinados hierárquicos, tendente a evitar a comissão de crimes por eles.

⁹² A isenção baseia-se na comprovação da existência de ferramentas de controle adequadas e eficazes, cuja ausência, ao contrário, integraria o núcleo típico da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, complementar à prática do ato ilícito pela pessoa física (STS 154/2016, de 29/02/2016). As mesmas empresas foram objeto da STS 583/2017, em que se referiu que “está coberta também a face negativa da atribuição de responsabilidade: a pessoa jurídica carecia de um sistema efetivo de controle implementado para anular ou, ao menos, diminuir eficazmente o risco de comissão desse delito no seio da empresa”.

⁹³ STS n. 221/2016, de 16/03/2016.

⁹⁴ Considerou-se que a prática de crime por quem controla a gestão de uma empresa, por conta dela e em seu benefício, legitima a atribuição do evento típico ao ente coletivo e no caso concreto a empresa não alegara em nenhum momento a ocorrência de alguma das causas de isenção de responsabilidade relativas à implementação de programas de *compliance* eficazes. (STS 742/2018, de 7/2/2019)

⁹⁵ Na doutrina também há quem separe as duas vias de imputação, estabelecendo que, no caso de crimes cometidos por dirigentes, o defeito de organização não consiste em elemento essencial de imputação, bastando que o fato individual seja cometido por aqueles em nome e no interesse da pessoa jurídica; por outro lado, no caso de crimes cometidos por empregados de baixa hierarquia (segunda via de imputação), o defeito de organização, expresso na lei, seria pressuposto essencial, ou seja, seria “o núcleo de tipicidade” desta via de imputação, de modo que a implementação de modelos de organização eficazes seriam causa de exclusão da responsabilidade por atipicidade (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidade penal de las personas jurídicas, p. 132–143.). Em sentido similar: REMESAL. Javier de Vicente. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *Revista Penal*, v. 34, 2014, p. 174–175; RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Orgs.), *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 173–174.

⁹⁶ SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 29–30.

na lei (“em nome e no interesse da pessoa jurídica” – “critério de benefício”), deve ser acrescido o “critério de favorecimento” (o defeito objetivo de organização que facilita a ocorrência do crime), a partir de uma interpretação *a contrario sensu* da previsão de modelos de prevenção da criminalidade como eximente de responsabilidade.⁹⁷ Para que fatos individuais se transformem num crime do ente coletivo deve haver uma manifestação de defeitos estruturais, o que requer levar em conta elementos organizacionais que excedem o desempenho estrito de indivíduos específicos.⁹⁸ O estado de coisas favorecedor de delitos ou incapaz de preveni-los seria por si só um risco juridicamente desaprovado, de modo que a adoção de um modelo de organização eficaz compensaria tal estado de coisas e deixaria a empresa em um estado de risco permitido,⁹⁹ ou seja, excluiria a relevância típica do suposto descontrolo (a relação da pessoa jurídica com o crime individual seria meramente accidental).¹⁰⁰⁻¹⁰¹

3.3. O ônus da prova em relação aos modelos de organização e controle

Provavelmente, o efeito prático mais importante decorrente da definição do modelo de imputação e da natureza jurídica do defeito de organização (e dos programas de conformidade) reside na atribuição do ônus da prova relativo a tais circunstâncias.

Na Itália, em razão da diferença de redação dos critérios de imputação entre os crimes cometidos por dirigentes¹⁰² e por subordinados, alguns veem a principal

⁹⁷ SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 672–677. Em sentido similar, afirmando que, mesmo nos crimes cometidos por dirigentes, exige-se a prova da ausência de controle e vigilância efetiva, à luz da pessoalidade das penas, da culpabilidade e do *ne bis in idem*, sendo um requisito implícito de imputação: LASCURAÍN, Juan Antonio, Compliance, debido control y unos refrescos, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 118–120.

⁹⁸ SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 36–37. No que toca à parte objetiva da imputação, é necessário demonstrar que a ação criminal individual está objetivamente conectada a um defeito estrutural da organização, o que teria facilitado ou incentivado esse comportamento em um contexto no qual a entidade deveria ter tomado medidas preventivas. (SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 1, 2016, p. 15.)

⁹⁹ SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 672–677.

¹⁰⁰ SOLA. El injusto estructural de la organización, p. 15.

¹⁰¹ Por fim, também na Espanha há a possibilidade de incidência dos modelos de organização como atenuantes de pena, ao menos em duas hipóteses: se os programas de *compliance* forem adotados apenas após a prática do delito e antes do juízo oral (comportamento pós-delituoso - art. 31 *quater* 1, “d”, do CP); se os programas de *compliance*, embora anteriores ao delito, sejam apenas parcialmente eficazes (art. 31 *bis* 2, do CP). Nesse ponto, Gómez-Aller adverte que não haverá atenuação se se tratar de um programa de *compliance* apenas formal (*cosmetic compliance*), inoperante, mas apenas se houver cumprimento parcial dos requisitos da lei (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 160.). De outro lado, Silva Sánchez sustenta que, excluídos os casos de programas “cosméticos”, o simples início de implantação de programa de *compliance*, mesmo que ainda não plenamente eficaz, deveria ser suficiente para a exclusão da sanção, por falta de necessidade da pena, embora reconheça que neste caso permanece o estado de coisas gerador de um risco juridicamente desvalorado. (SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 683–685.)

¹⁰² Também chamados de pessoas em posição “apical”, ou seja, no ápice da estrutura da empresa.

distinção prática no ônus da prova: nos crimes de subordinados, cabe ao MP demonstrar a ausência de um modelo de organização eficaz;¹⁰³ por sua vez, os delitos de dirigentes seriam considerados, a princípio, como praticados pela própria pessoa jurídica (desde que cometidos no seu interesse), de modo que caberá ao ente coletivo o ônus de comprovar a adoção de programas de *compliance* eficazes.¹⁰⁴ Em sentido contrário, para os que enxergam o dever de organização como exigência de imputação mesmo nos crimes da cúpula, caberia à acusação realizar tal prova,¹⁰⁵ embora se reconheça que a prática judicial adota outra interpretação nesta hipótese.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

No Chile, a lei estabelece de forma expressa o defeito de organização como requisito de imputação para ambas as hipóteses. Porém, a lei chilena inovou ao possibilitar que os programas de *compliance* sejam certificados, quanto à sua eficácia, por outras empresas devidamente registradas (art. 4º, Lei n. 20.393/2012). Essa certificação estabeleceria uma espécie de presunção em favor da empresa, que deveria ser ilidida pelo MP, mas, inexistente a certificação, caberia à pessoa jurídica demonstrar a eficácia de seu modelo de organização.¹⁰⁸ A jurisprudência conclui, em

¹⁰³ Na segunda hipótese de imputação (crimes de subordinados), há um maior consenso quanto à necessidade de prova de uma falha na organização da própria empresa: “para que a entidade seja responsável por crimes cometidos por sujeitos sujeitos à supervisão e supervisão de outros [...] é necessário que, nos termos do art. 7, a comissão do crime tenha sido possível pela violação das obrigações de supervisão e controle que pertencem à estrutura” (Trib. Milano, GIP Salvini, de 27/04/2004, citada por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 81–91.). Além disso, deve-se avaliar o nexo de causalidade entre o evento concreto e o defeito de organização (ainda que simples facilitação), bem como a previsibilidade do risco e sua evitabilidade pelos modelos de organização (*Ibid.*).

¹⁰⁴ TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 311–313; CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 72–73. Em outras palavras, como o defeito de organização não seria elemento constitutivo da infração penal no caso de crimes praticados por dirigentes, a prova poderia ser suportada pela defesa sem que haja qualquer violação do princípio da presunção de inocência (*Ibid.*, p. 86–87.). Embora alguns vejam verdadeira inversão do ônus da prova (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 183.), isso seria justificado pela natureza da responsabilidade, que seria administrativa. (TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 314.)

¹⁰⁵ “Nenhuma reversão do ônus da prova é reconhecível na disciplina de responsabilidade do delito da entidade, de modo que cabe à acusação o ônus da prova [...] da deficiência interna da instituição” (Cass. Sez. VI, 16/07/2010, n. 27735, citado por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 71–81 e 108–112.). Em qualquer caso, há diferenciação quanto aos requisitos do modelo de organização e gestão, pois nos crimes de subordinados são menos rigorosos, o que pode ser explicado com base no envolvimento diferente do ente em relação a assuntos que não são da cúpula. (CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 87–91.)

¹⁰⁶ Cita-se, nesse sentido, *Tribunale di Milano*, GIP D’Arcangelo, de 03/01/2011 (FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 71–81 e 108–112.). Há duas propostas de alteração do Decreto 231/2001 e ambas propõem a extinção dessa inversão do ônus da prova. (*Ibid.*, p. 216–220.)

¹⁰⁷ Nieto Martín reconhece que a norma italiana prevê que, neste caso, o ônus da prova recairia sobre a empresa, todavia, essa carga, na prática, foi substancialmente abrandada, traduzindo-se num *onere di allegazione* por parte da empresa, de modo que a discussão, ao final, fica reduzida à eficácia dos programas de conformidade, cuja prova dependeria de uma perícia judicial (MARTÍN, Adán Nieto. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*). Sobre a análise da eficácia do *compliance* por uma perícia, vide também: COSTA, Haide; RICHARTE, Fruitos. *La pericial de “Compliance”: Análisis de la profilaxis y prognosis de la responsabilidad criminal de la persona jurídica*.

¹⁰⁸ Segundo essa posição, não haveria aqui uma inversão do ônus da prova, pois o fato de ter sido cometido o delito por uma pessoa estabelecida pela lei e no interesse da pessoa jurídica seria indicio suficiente de que não há uma organização efetiva, razão pela qual o MP poderia se basear inicialmente

geral, pelo descumprimento de deveres de supervisão e direção no caso de inexistência de programas de *compliance*¹⁰⁹ e, em ao menos um caso,¹¹⁰ esse fato foi comprovado por um ofício da SVS (órgão que registra as empresas certificadoras) que atestava a ausência de programa certificado.¹¹¹

No caso espanhol, aqueles que veem o *compliance* como escusa absoluta entendem que é a empresa quem possui recursos e possibilidade de comprovar que, apesar do crime, seu programa era eficaz.¹¹² O TS, por sua vez, na STS 154/2016, afirmou que cabe à acusação demonstrar que o crime da pessoa física foi possível ou facilitado por um defeito de organização, o que, contudo, não se confundiria com os programas de *compliance*, eximente que busca permitir a exoneração rápida da responsabilidade da pessoa jurídica (evitando danos à sua reputação), de modo que a própria empresa poderá tomar essa iniciativa, chamando para si o ônus de comprová-la (o que acredita o TS que ocorrerá na prática).¹¹³⁻¹¹⁴ A acusação caberia provar a contribuição da empresa para o crime, mas se o ente coletivo, “além de negar

apenas nessas circunstâncias. (BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 226–227.)

¹⁰⁹ Caso Pehuenche: Sentença de 19 de agosto de 2015, RIT Nº 11862-2014, RUC Nº 1400129785-7, do 7º *Juzgado de Garantía de Santiago*, contra a Empresa *Constructora Pehuenche* pelo delito de suborno; Caso *Universidad del Mar*: Sentença de 2 de junio de 2016, RIT Nº 4799-2012, RUC Nº 1200084351-0, do 8º *Juzgado de Garantía de Santiago*, contra *La Universidad del Mar* pelo delito de suborno.

¹¹⁰ Caso Colbún: Sentença de 12 de agosto de 2013, RIT Nº 9211-2012, RUC Nº 1201092968-5, do *Juzgado de Garantía de Talca*, contra *Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada* pelo delito de suborno.

¹¹¹ Precedentes citados em: MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1039–1040.

¹¹² Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.

¹¹³ O voto vencido, por outro lado, sustentou que apenas os elementos expressamente previstos nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 1 do art. 31 *bis* deveriam ser comprovados pela acusação (o que não inclui defeito de organização por parte da pessoa jurídica); que os modelos de organização eficazes são circunstâncias eximentes e, portanto, segundo as regras probatórias gerais, cabe à parte interessada trazer uma base razoável de sua existência (e não à acusação sempre fazer prova do fato negativo de sua não ocorrência); que o entendimento da maioria levaria a um regime privilegiado de ônus da prova para as pessoas jurídicas, com risco de impunidade e de se esvaziar a previsão de sua responsabilidade penal.

¹¹⁴ Em sentido que aparenta ser mais extremo, na STS 221/2016, o TS: lembrou parecer do Conselho de Estado para a reforma de 2015, que sugeriu uma alteração de redação (posteriormente efetivada) justamente para que a prova da inexistência do programa de conformidade ou da sua não aplicação recaísse sobre a parte acusadora; excluiu expressamente a adoção de modelos de distribuição de prova de outros ordenamentos jurídicos (referindo-se principalmente à Itália); concluiu que, em observância à presunção de inocência, o julgamento da autoria da pessoa jurídica exigirá que o MP comprove também que o crime praticado pela pessoa física se deu pela concorrência de uma infração corporativa, um defeito estrutural nos mecanismos preventivos exigidos, sem prejuízo de que a pessoa jurídica produza a prova que julgue apropriada para demonstrar seu correto funcionamento na perspectiva do cumprimento da lei. O TS veio a corroborar tal entendimento na sentença 583/2017, ao afirmar que a ausência de um sistema de controle efetivo seria uma face negativa da atribuição de responsabilidade. De qualquer forma, como já referido, na STS 742/2018, decidiu-se que, no caso dos crimes de dirigentes, não há necessidade de especificar se ocorreu ou não uma grave violação dos deveres de supervisão ou controle (exigência restrita aos crimes de subordinados), de modo que caberia à empresa a alegação e eventual prova da implementação de programas de *compliance* eficazes.

sua ligação com o fato”, sustentar como defesa “a existência de um sistema geral de *compliance* efetivo”, é ele que tem mais condições de apresentar essas provas.¹¹⁵

Apesar da polêmica, a discussão talvez seja mais simples do que pareça, uma vez que, ainda que se atribua à acusação a demonstração do defeito de organização, o mais importante é saber como se prova tal fato. Nesse sentido, Lascuraín lembra que a prova do que se faz na empresa (fatos positivos) indica também o que não se faz na empresa e que o próprio fato ilícito ocorrido no seio da pessoa jurídica e no seu interesse pode ser um indício da ausência de controle.¹¹⁶

3.4. Análise judicial dos modelos de organização e controle

Como referido, a própria legislação italiana estabelece requisitos mínimos para a isenção de responsabilidade da pessoa jurídica por programas de conformidade, os quais são diversos, conforme se trate de crimes de dirigentes¹¹⁷⁻¹¹⁸ ou de subordinados.¹¹⁹ Porém, há quem entenda que mesmo a inexistência de um modelo de organização não geraria uma responsabilização automática da empresa, pois caberia comprovação de que o risco do delito não era previsível ou não era evitável pela adoção de um

¹¹⁵ SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 36–37.

¹¹⁶ LASCURAÍN. Compliance, debido control y unos refrescos, p. 114; LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento con programas de prudencia penal, p. 103–104.

¹¹⁷ Exige-se prova de que: a) o órgão de administração adotou e efetivamente implementou, antes de cometer o fato, modelos de organização e gestão adequados para prevenir crimes do tipo que ocorreu; b) a tarefa de supervisionar o funcionamento e a observância dos modelos e para cuidar de sua atualização foi confiada a um órgão da entidade com poderes autônomos de iniciativa e controle (*compliance officer*); c) as pessoas cometeram o crime, evitando fraudulentamente os modelos de organização e gestão; d) não houve omissão ou fiscalização insuficiente do *compliance officer* (art. 6º, 1, do DL 231/2001). Por sua vez, os modelos de organização devem observar os seguintes requisitos: a) identificar as atividades em que os crimes podem ser cometidos (avaliação de risco); b) fornecer protocolos específicos destinados a planejar a formação e a implementação das decisões da entidade em relação aos crimes a serem evitados (gestão de risco); c) identificar métodos de gestão de recursos financeiros adequados para prevenir a prática de infrações; d) prever obrigações para fornecer informações ao órgão responsável pela supervisão do funcionamento e cumprimento dos modelos; e) introduzir um sistema disciplinar adequado para sancionar o não cumprimento das medidas indicadas no modelo (art. 6º, 1, do DL 231/2001).

¹¹⁸ O requisito de conduta fraudulenta da pessoa física, talvez o principal, não se confunde com o mero descumprimento do modelo de organização, mas há quase uma presunção de culpa da empresa, em razão da difícil comprovação, de modo que parte da doutrina sustenta uma absorção dele pela prova da adoção de modelos de organização adequados e eficazes (CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 82–85.). Limitando a relevância do requisito: Cass., Sez. Un., 18 de setembro de 2014, n. 38343, citado por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 108–112.

¹¹⁹ De outro lado, no caso de crimes cometidos por subordinados, exige-se, para isenção de responsabilidade: a) a adoção de um modelo de organização e gestão adequado para prevenir crimes do tipo que ocorreu; b) que o modelo preveja, em relação à natureza e dimensão da organização, bem como o tipo de atividade, medidas adequadas para garantir a execução da atividade em respeito à lei e para detectar prontamente e eliminar situações de risco; c) uma revisão periódica e eventual alteração do modelo quando descobertas significativas violações das regras ou quando há mudanças na organização ou na atividade; d) um sistema disciplinar adequado para sancionar o não cumprimento das medidas indicadas no modelo. (art. 7º do DL 231/2001)

modelo de organização.¹²⁰ Ou seja, exigir-se-ia, para imputação à pessoa jurídica, também: uma relação de causalidade mínima (ainda que mera facilitação) entre o evento concreto e a desorganização da empresa e a previsibilidade deste risco e a possibilidade de preveni-lo por meio da organização. Essa avaliação deve ocorrer mentalmente *ex ante*, de acordo com o conhecido e o conhecível no momento em que o crime foi cometido (“julgamento prognóstico póstumo”).¹²¹

Nesse ponto, a doutrina critica a jurisprudência italiana, que teria abandonado esse critério de avaliação, levando a uma preocupação quanto à real possibilidade de valoração de eficácia dos programas de *compliance* pelos juízes.¹²² No célebre “caso Impregilo”,¹²³ a sentença de primeiro grau (confirmada em apelação) absolveu a pessoa jurídica, por adotar um modelo organizacional adequado,¹²⁴ porém, a Corte de Cassação entendeu que o modelo era ineficaz, pois o órgão de supervisão tinha um único membro, que era subordinado aos diretores, de modo que não havia efetivo controle.¹²⁵ Para a doutrina, essa análise foi essencialmente normativa, sem apreciação das circunstâncias históricas de quando o modelo foi implementado e, portanto, da possibilidade de adoção de um modelo diverso (essencial para a verificação de culpabilidade),¹²⁶ o que tem se repetido em outros casos.¹²⁷ Muitos anos após o decreto,

¹²⁰ FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 104–105. Sobre o tema, também: CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 98–100.

¹²¹ CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 101; FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 183–187; TESL, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 314–315.

¹²² PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 14–16.

¹²³ Cass., Sez. V, 18 de dezembro de 2013, n. 4677, em que era imputado à pessoa jurídica um crime de divulgação de informações falsas sobre a empresa a fim de alterar a avaliação do mercado financeiro, cometido pelos dirigentes do ente coletivo.

¹²⁴ Citaram-se como principais motivos para a adequação do modelo: adotou diretrizes da associação de profissionais e da Bolsa de Valores; havia um órgão de supervisão; havia um código de ética e havia um procedimento específico para divulgação das informações, com envolvimento de várias pessoas, que foi deliberadamente descumprido pelos dirigentes (e nesse ponto o Tribunal viu a atuação fraudulenta das pessoas físicas).

¹²⁵ Também se afirmou que a adesão às diretrizes de associações profissionais não vincula o juiz e, além disso, não bastam por si só, necessitando de especificação interna adequada às circunstâncias da empresa, bem como que não basta o simples descumprimento do modelo, exigindo-se uma fraude efetiva das pessoas físicas para iludi-lo, como requisito para isenção da responsabilidade da empresa.

¹²⁶ Para uma análise mais detalhada da decisão do caso Impregilo: FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 203–213.

¹²⁷ No “caso Thyssenkrupp” (Cass., Sez. Unite, n. 38343, de 18/09/2014), a Corte identificou a falha de organização na composição do Conselho Fiscal, pois seu encarregado era também o responsável pela área de segurança (onde ocorreria o crime), em conflito de interesses, porém, não houve fundamentação além dessa consideração abstrata, que não identificou um nexo causal concreto entre o evento e uma regra preventiva violada ou inadequada (*ibid.*, p. 134–136.). Em sentido similar: *Tribunale di Milano*, GIP Secchi, de 20/09/2004, considerou inadequado o modelo de organização por deficiências no mapeamento das áreas de risco, na gestão transparente dos recursos financeiros, no controle disciplinar e na independência do órgão de supervisão; *Tribunale di Bari*, GIP De Benedictis, 18/04/2005, reconheceu a responsabilidade da entidade por falha na preparação de um sistema disciplinar para sancionar violações ao programa de *compliance*; *Tribunale di Napoli*, GIP Saraceno, de 27/06/2007, aplicou sanção cautelar de proibição de contratar com a administração pública por 1 ano devido à ausência de rigor nos protocolos de prevenção e no seu controle, além de falha na determinação dos responsáveis pelas decisões e sua execução (todos referidos em CICONTE, Valeria. *L'idoneità del modello ex D.lgs. 231/2001.*)

não houve nenhuma sentença final de absolvição por um modelo de organização adequado, no que se vislumbra uma forma velada de responsabilidade objetiva.¹²⁸

No Chile, a Lei n. 20.393/2012 não estabeleceu diferença de requisitos dos modelos de prevenção de acordo com a via de imputação.¹²⁹ Para a doutrina, o modelo da lei é facultativo, de modo que o cumprimento dos deveres de vigilância e controle pode ser demonstrado de outra forma, sob pena ser uma presunção de culpabilidade.¹³⁰ Porém, o programa deve ser sempre eficaz para a prevenção de delitos, não apenas formal,¹³¹ o que suscita questionamentos sobre as certificações:¹³² para alguns, elas seriam verdadeiras bases de análise das condutas adotadas *ex ante* ao fato delituoso e, assim, um forte indício da idoneidade dos programas de *compliance*;¹³³ para outros, muito dificilmente a jurisprudência considerará a programas de *compliance* certificados como eximente de responsabilidade, mas apenas como atenuação de pena.¹³⁴

¹²⁸ FRATINI. *Colpa di organizzazione e "modelli 231": fra prevenzione e colpevolezza*, p. 173; MARTÍN. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*; ACUÑA, La certificación de los programas de cumplimiento, p. 148–149; FRANCO, J. A. González; SCHEMMELE, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 158.

¹²⁹ Os requisitos abrangem: a designação de um diretor de prevenção com poderes e recursos independentes da gestão da empresa, que se reporta diretamente à gestão superior deles (art. 4º, 1 e 2), responsável pelo estabelecimento de um sistema de prevenção ao crime que leve em conta os riscos de sua atuação nas atividades da empresa, estabeleça protocolos e regras de atuação que permitam minimizá-los, e um sistema de sanções internas que possibilite sua efetivação dentro do mesmo (art. 4º, 3); e estabelecimento de métodos para efetiva aplicação e atualização do modelo de prevenção, além da já citada possibilidade de certificação, por empresas devidamente registradas no órgão competente, do atendimento aos requisitos da lei por parte da empresa. (art. 4º, 4) (ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 145–147; VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, p. 62–63; SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 197.)

¹³⁰ MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1038–1039.; BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 225. Porém, a jurisprudência conclui, em geral, pelo descumprimento de deveres de supervisão no caso de inexistência de programas de *compliance* e em ao menos um caso esse fato foi comprovado por ofício da SVS, atestando a inexistência de programa certificado da empresa. (MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1039–1040.)

¹³¹ BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 226.

¹³² Assim como os programas “cosméticos”, há uma preocupação com as certificações *express*, decorrentes de mero preenchimento de formulários de *checklist*. (PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 16–20.)

¹³³ SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

¹³⁴ Isso por diversas razões: porque um certificado de “bom cidadão” seria de difícil compreensão como eximente de responsabilidade, em especial se isso não ocorre para isentar pessoas físicas devidamente habilitadas de responsabilidade; porque haveria desconfiança quanto a certificações de programas de *compliance*, por soar como “pretexto da defesa”, além de a própria empresa interessada ter pago pela certificação, o que levanta questionamentos de idoneidade e de moralidade (ou igualdade, já que seria tratar de forma mais benéfica corporações com poder econômico, que têm condições de pagar por uma certificação de programa de *compliance*). Além disso, é sempre lembrada a jurisprudência italiana, que raramente aceita a eficácia de programas de *compliance* na prática como isenção de responsabilidade. (ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 152–154.)

Na Espanha, há um duplo regime de isenção, basicamente transposto do regime italiano,¹³⁵ conforme se trate de crimes cometidos por dirigentes ou por subordinados.¹³⁶⁻¹³⁷ A avaliação incidirá sobre a adequação do programa para evitar o crime específico cometido, de modo que deve estar perfeitamente adaptado à empresa e aos seus riscos específicos.¹³⁸ Embora a comissão do crime seja um sinal inicial da ineficácia do modelo, não gera ineficácia automática, a qual será analisada em retrospectiva sobre a probabilidade que existia da comissão de um crime que já ocorreu.¹³⁹ Na STS 154/2016, citou-se várias vezes a “cultura de cumprimento” como

¹³⁵ GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 146; MARTÍN. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 4.

¹³⁶ A diferença reside na ação fraudulenta da pessoa física, que só é exigida como requisito para isenção no caso de crimes de dirigentes, mas uma diferença relativa, pois, exceto pelo comportamento imprudente, será difícil provar que um programa é efetivo se puder ser quebrado pelos integrantes sem a concorrência de conduta que envolve algum tipo de fraude. (Circular 1/2016, sobre a responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 40–42.)

¹³⁷ Além do requisito de “ilusão fraudulenta”, que, como visto, só é exigido no caso de delitos praticados por dirigentes, há quem entenda que apenas neste caso são obrigatórios, para a isenção de responsabilidad, o preenchimento de todos os requisitos do modelo de organização previstos em lei. Isso porque, para esses autores, apenas no caso de crimes cometidos por subordinados há a previsão de violação a um dever de controle e vigilância, a qual não exige desses deveres a especificidade dos modelos de organização. Assim, nesse caso, poderá ser afastada a tipicidade por medidas de controle eficazes, ainda que não tenham as características dos “programas de *compliance*” dispostas na lei. De outro lado, na hipótese de crimes praticados por dirigentes, o tipo não exige a infringência de deveres de controle, razão pela qual, para a isenção de responsabilidad, há necessidade de preenchimento de todos os requisitos legais (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 145–146.). Também: REMESAL. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, p. 176. Em sentido similar, embora se refira à redação anterior: RAGUÉS I VALLÉS. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, p. 173–174.

¹³⁸ Cita-se, aqui, a questionável prática em que, a fim de reduzir os custos, as empresas simplesmente copiam os programas preparados por outros, mesmo de setores industriais ou comerciais diferentes.

¹³⁹ Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 43–46. Nesse sentido, a Circular 1/2016 estabelece uma série de diretrizes bastante interessantes para avaliação da eficácia, tais como: verificação da importância que o programa de *compliance* tem na tomada de decisões de seus líderes e funcionários e em que medida é uma expressão verdadeira de sua cultura de conformidade; eventual certificação do modelo, embora não seja suficiente, por si só, para comprovar eficácia; avaliação do comportamento e do envolvimento da cúpula da empresa com o programa de conformidade, de modo que eventual hostilidade, ambiguidade ou indiferença ao modelo de organização possivelmente levará à conclusão pela ineficácia do programa, por não refletir uma verdadeira cultura de respeito pelo direito na empresa (há orientação para presunção de ineficácia do programa se um alto funcionário da empresa tiver participado, acordado ou tolerado o crime); diferenciação entre um crime com benefício direto à empresa (que traz um indício mais forte da ineficácia do modelo) e um delito em benefício próprio do autor, com benefício apenas indireto para a pessoa jurídica (caso em que a avaliação da eficácia do modelo deve passar especialmente pela adoção de altos padrões éticos na contratação e promoção de gerentes e empregados); atribuição de um valor especial à descoberta dos crimes pela própria corporação, com orientação para isenção de responsabilidad da pessoa jurídica se ela mesmo detectar a conduta e levá-la à autoridade, quando evidenciada uma cultura de conformidade corporativa; embora a prática do crime não gere presunção de ineficácia do programa, isso pode ser seriamente questionado de acordo com a extensão e a gravidade da conduta criminosa, o número de funcionários envolvidos, a frequência ou duração da atividade ilícita e a baixa intensidade de fraude utilizada para contornar o programa de *compliance*; avaliação da eficácia do modelo em relação a ocasiões anteriores, do comportamento da empresa em relação a violações antecedentes (punições, manutenção do infrator na função etc.), da existência de processos ou infrações administrativas relacionadas; análise do comportamento da pessoa jurídica após a prática do crime, como punição dos autores, revisão

parâmetro de avaliação da responsabilidade da pessoa jurídica, conceito que foi criticado pela vagueza, tanto pelo voto da minoria quanto pela doutrina,¹⁴⁰ pois sua análise se aproximaria de um julgamento do “caráter moral” do suspeito (uma culpa pelo caráter, apartada dos fatos) e com uma revisão total das políticas de *compliance* do ente coletivo, mesmo que não tenham conexão com o ato ilícito específico.¹⁴¹

Além dos requisitos legais,¹⁴² sugerem-se como parâmetros aqueles das associações de standardização reconhecidas no ramo¹⁴³ e a avaliação deve ser realizada por um juízo *ex ante* em relação ao crime, de acordo com a previsibilidade

do programa, restituição imediata dos danos, colaboração com a investigação (*Ibid.*, p. 51–55.). Sugere critérios muito parecidos: PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21. Em sentido similar: SOLA. El injusto estructural de la organización, p. 12–13.

¹⁴⁰ GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, v. 6, 2018, p. 3–4. Apesar da crítica, o autor entende que normas mais recentes de associações de standardização (a exemplo da espanhola UNE 19601 de 2017) tornam mais concreto o conceito de cultura de *compliance*, de modo “que a isenção da entidade legal é possível tanto pela demonstração de *due diligence* no caso específico quanto, não sendo este último caso, pelo seu desempenho mais geral em questões de conformidade regulatória”. (*Ibid.*, p. 6–7.)

¹⁴¹ SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 28. Apesar disso, Feijoo Sanchez admite a exclusão de responsabilidade, mesmo se o crime for facilitado por uma falha de organização da empresa, desde que haja um sistema efetivo de conformidade (“a isenção de responsabilidade de pessoas jurídicas não deve ser limitada àqueles casos em que o menor defeito organizacional ou de controle, supervisão e vigilância não é observado, mas deve ser estendido àqueles casos nos quais o defeito organizacional ou de controle encontrado não está vinculado a defeitos estruturais em conformidade com a legalidade ou em relação a uma cultura corporativa de conformidade” - *Ibid.*, p. 4–5.), hipótese mais polêmica, uma vez que, em geral, associa-se a responsabilização da pessoa jurídica a uma ausência de medidas concretas para evitar delitos como aquele cometido (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 144–145.).

¹⁴² Identificação de riscos; estabelecimento de protocolos ou procedimentos que concretizem o processo de formação de vontade da pessoa jurídica, tomada de decisões e execução delas (busca-se evitar a “irresponsabilidade penal organizada”); gestão de recursos financeiros adequada; obrigação de informar riscos e violações ao responsável (aqui se inserem os canais de denúncia ou *whistleblowers*, que devem ter requisitos específicos para serem eficazes – vide PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 7–10.); sistema disciplinar com sanções por violações; revisão periódica do modelo; *compliance officer* com independência e autonomia (a jurisprudência italiana já afastou isenção em casos em que o órgão de vigilância carecia de autonomia e independência suficientes - GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 150–151.). Além disso, no caso de crimes de dirigentes, deve ter havido ilusão fraudulenta dos modelos de organização e prevenção (talvez a principal razão pela qual meras diretrizes de conduta interna são insuficientes se não tiverem controles complementares, pois a simples infração a um código ético interno não configura uma atividade fraudulenta - *Ibid.*, p. 151). Por fim, exige-se que o próprio *compliance officer* não tenha incorrido em omissão de supervisão, vigilância ou controle, pois este órgão deve ter tanta independência, autonomia e poder quanto um administrador, de modo que sua atuação falha leva a um defeito organizacional no mais alto nível da pessoa jurídica e, dessa forma, resulta na responsabilização do ente coletivo. (*Ibid.*, p. 152.)

¹⁴³ Por exemplo, a ISO 19601 (*compliance programs*) e a ISO 37001 (medidas anticorrupção), sustentando que uma empresa que descumpra os parâmetros da ISO dificilmente poderá se eximir de responsabilidade (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 147–150; UGARTE. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*, p. 19–20.). Em sentido similar, Silva Sánchez entende que devem ser adotadas as diretrizes dadas pelas normativas específicas de cada ramo de atividade ou, se não houver, devem ser considerados os costumes daquele setor, de forma próxima ao que se faz no Direito Penal tradicional ao se avaliar a imprudência objetiva. (SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 685–686.)

da ocasião.¹⁴⁴ Além de uma idoneidade genérica do programa para evitar delitos, deve-se avaliar se a conduta criminosa estava controlada ou se, pelo contrário, o risco penal não fora considerado ou, mesmo que considerado, o crime foi cometido por carência de pessoal ou de meios (casos em que, em princípio, devem ser tidos como ineficazes).¹⁴⁵ Na prática judicial, o TS ainda não avaliou de forma aprofundada concretos modelos de organização e gestão, uma vez que nos casos apreciados as empresas careciam de qualquer sistema de controle implementado e os crimes foram cometidos basicamente por seus únicos administradores.¹⁴⁶

4. Compliance e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pessoas coletivas) em Portugal

4.1. A responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal português e o defeito de organização

Em Portugal, a responsabilidade penal das pessoas coletivas ganhou previsão expressa no CP com a Lei n. 59/2007, embora já houvessem leis esparsas.¹⁴⁷ Assim, antes mesmo da reforma do CP, já havia discussão sobre o tema¹⁴⁸ e hoje há certo consenso quanto à legitimidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁴⁹

Quanto ao modelo de imputação, a doutrina reconhece de forma majoritária um modelo de heterorresponsabilidade pela dependência do fato individual da pessoa física.¹⁵⁰ Parece-nos correta, porém, a posição que vê um modelo misto, pois depende

¹⁴⁴ Embora se reconheça que, na prática, há uma tendência de que o delito seja considerado, de forma incorreta, como indício da ineficácia do modelo de organização. (SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 687–688; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.)

¹⁴⁵ PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.

¹⁴⁶ Em razão disso, “não é dado imaginar outra hipótese que não seja a responsabilidade penal compartilhada do ente coletivo” e inclusive “seria um contrassenso que aqueles que controlam a pessoa jurídica e a utilizam para canalizar sua atividade delitativa implantassem medidas para prevenir seus próprios propósitos e planos”. (STS 583/2017, de 19 de julho)

¹⁴⁷ A exemplo do DL 28/84, de 20 de janeiro. (MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas, *Revista Julgar*, v. 5, 2008, p. 122–123.)

¹⁴⁸ O TC assentou, por exemplo, que não haveria na responsabilidade penal da pessoa jurídica violação ao princípio do *non bis in idem* (art. 29º, 5º, da Constituição), pois não se trata de um duplo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo fato (mas, sim, de pessoas distintas, passíveis de sanções diferentes) (Acórdãos n. 212/95, n. 213/95 e n. 569/98, referidos por SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 279.)

¹⁴⁹ SALGUEIRO, Ana Cláudia. A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas. (In) constitucionalidade do artigo 11º, n. 2 e 3, do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 3, 2014, p. 355; VILELA. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, p. 113.

¹⁵⁰ SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 47–54; SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 389; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 210–211.

de um fato individual de conexão (cometido em nome e no interesse coletivo), mas também da demonstração da culpa da pessoa coletiva por este mesmo fato.¹⁵¹

No que se refere aos requisitos de imputação, segue-se, de forma muito similar, o padrão das legislações estrangeiras analisadas, com duas hipóteses: a primeira relativa a fatos praticados, em nome e no interesse coletivo, por pessoas em posição de liderança na empresa (art. 11º, 2, “a”, do CP) e a segunda concernente a fatos praticados por subordinados aos líderes da empresa, em razão da violação dos deveres de vigilância ou controle destes (art. 11º, 2, “b”, do CP).¹⁵²

Na primeira hipótese de imputação, há lição clássica que exige apenas pressupostos formais (ato praticado por pessoa em posição de liderança) e pressupostos materiais (atuação em nome e no interesse da pessoa jurídica).¹⁵³⁻¹⁵⁴ Haveria um regime próximo da teoria dos órgãos, embora com uma definição mais ampla de pessoas em posição de liderança, o que é vantajoso em termos de política criminal.¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ Porém, essa posição aproxima-se de um modelo puro de heterorresponsabilidade, com responsabilização “automática” da empresa por atos de seus dirigentes, o que parece inconstitucional, pois o direito penal impede que alguém responda por fato e culpa de outra pessoa (princípios da pessoalidade e da culpabilidade). Assim, além dos requisitos formais e materiais, impõe-se que a conduta delitiva dos dirigentes

¹⁵¹ OLIVEIRA, Arthur Machado. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 35. Em sentido similar: BRANDÃO, Nuno; JESUS, Solange. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués, *Eguzkilore*, v. 28, p. 125–144, 2014, p. 129. Por sua vez, há quem entenda que, ao menos na alínea “b” do número 2 do art. 11º, adotou-se uma culpa por defeito de organização, próxima do modelo de Tiedemann. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 200–201)

¹⁵² Essa previsão respeita “escrupulosamente a letra e o sentido do direito da União Europeia e do Conselho da Europa, que foi pela primeira vez claramente expresso no Relatório Explicativo do Segundo Protocolo à Convenção sobre a protecção dos interesses financeiros da CE, tendo o Relatório sido aprovado pelo Conselho a 12.3.1999 e publicado no jornal oficial a 31.3.1999” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas.). Na jurisprudência: “A responsabilidade criminal da pessoa colectiva exige o nexo de imputação do facto a um agente da pessoa colectiva, que será aquele que nela exerça liderança ou um seu subordinado nas condições prescritas no art. 11º, nº 2 - a) e b) do Código Penal”. (Acórdão do TRE de 26/06/2012, Processo 60/09.9TAVVC.E1, Rel. Ana Barata Brito)

¹⁵³ SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 387; SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 208. Ou seja, é o fato praticado pelas pessoas dispostas no número 2 do art. 11º que é imputado à pessoa jurídica, o que se dá em razão da qualidade funcional daquele que praticou o fato, desde que preenchidos os demais pressupostos legais. Também: BRANDÃO; JESUS. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués, p. 129–132.

¹⁵⁴ A responsabilidade do ente coletivo depende do crime da pessoa física, porém, não da responsabilidade desta. (art. 11º, 7., CP) (SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 387–388; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 209–210.)

¹⁵⁵ TORRÃO, Fernando. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, v. 1 e 2, 2010, p. 53. Também elogia a amplitude dos agentes que podem gerar a responsabilização da pessoa jurídica: MEIRELES. A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, p. 129–131

¹⁵⁶ Trata-se da posição majoritária na jurisprudência, conforme acórdãos do TRL de 08/05/2013, proc. 11110/05.8TDL5B.L2-3; do TRL de 11/12/2018, proc. 364/16.4T9SNT.L1-3; do TRP de 07/03/2012, proc. 106/09.0IDBRG.P1; do TRP de 17/12/2014, proc. 3189/12.2IDPRT.P1.

decorra também de um defeito de organização.¹⁵⁷ Exclui-se um puro modelo de heterorresponsabilidade, pois, uma vez imputado o fato típico a um dos líderes, os demais elementos constitutivos do crime devem ser também autonomamente verificados em relação ao ente coletivo.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

Quanto à segunda hipótese de imputação (delitos praticados por subordinados, com violação de deveres de controle e vigilância pelos líderes), reconhece-se uma aproximação maior com a culpa pelo defeito de organização, embora a legislação atribua, ao menos de forma expressa, o dever de controle e supervisão aos agentes em posição de liderança, e não à pessoa jurídica, de modo que a omissão nos deveres que a eles competem revelaria uma má estrutura da empresa.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

Quintela de Brito, à luz dos princípios da tipicidade e da determinação do fato punível, propõe, em qualquer hipótese de imputação, fundar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em uma necessária conexão entre o fato praticado pela pessoa física e a culpabilidade da pessoa jurídica, que consistiria no “domínio da

¹⁵⁷ LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, p. 101–102.

¹⁵⁸ BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1249–1251. Também rejeita um modelo puramente vicarial, por se tratar de responsabilidade penal desprovida de culpa: MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 211–212.

¹⁵⁹ Quanto a um modelo puro de autorresponsabilidade, é impedido pelo princípio da ofensividade da conduta. Isso porque não bastará determinar o órgão competente para o cumprimento dos deveres que impediriam a ocorrência do crime, pois daí decorreria a criminalização por mera violação de dever (e uma presunção de violação de dever em função da competência atribuída). (BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 1, 2010, p. 42–43; BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, in: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, 2008, v. 2, p. 1426.)

¹⁶⁰ SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 399–400; SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 254–255. Em sentido similar: SOUSA, Idalécio Rodrigues de. *Critérios da responsabilidade penal das pessoas colectivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 31.

¹⁶¹ Ou seja, embora a conduta dos dirigentes, de omissão nos deveres de vigilância e controle, não seja necessariamente típica, ela expressa a deficiência organizacional da empresa e, dessa forma, liga, de forma sistêmico-funcional, a ação típica e ilícita do funcionário à pessoa jurídica. “Trata-se, pois, de uma ‘culpa colectivamente típica’ que legitima a responsabilização colectiva, ainda que responsabilizados não sejam os seus líderes” (TORRÃO. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português, p.53–55.). Em sentido similar: OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 76–80. Da jurisprudência: “I) Não se verificam os pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal a pessoa colectiva numa situação como a dos autos em que se conclui dos factos provados que o crime em causa não foi cometido por pessoa que ocupe liderança na pessoa colectiva, pois que o arguido não é órgão nem representante da sociedade nem tem autoridade para exercer o controlo (fiscalização) da actividade da pessoa colectiva. II) É que o arguido era um mero trabalhador, que na altura da prática dos factos desempenhava funções de chefia na equipa que laborava no terreno e, por outro lado, embora tenha cometido o ilícito enquanto trabalhava em nome e no interesse da pessoa colectiva, não se provou (nem estava alegado) que a prática do crime só ocorreu em virtude de uma violação, por parte do líder, dos seus deveres de controlo e supervisão.” (TRG, acórdão de 09/10/2017, proc. 23/14.2GCVPA.G1)

organização para a execução do fato”¹⁶² e, ainda, no “domínio da organização para a não comissão do crime”. Seria exigido, para imputação do fato individual (“fato de conexão”) à pessoa jurídica, que esta tenha determinado os “elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de estruturação ou funcionamento e/ou de uma filosofia de actuação que contesta a vigência do Direito Penal”. Isto é, a pessoa jurídica “contribui” para a execução do fato individual ao configurar o setor de forma favorável ao fato e também, num segundo momento, ao se comportar de forma omissiva durante a execução do delito, em inobservância ao seu dever de garante (domínio da organização para a não comissão do crime).¹⁶³⁻¹⁶⁴

De qualquer forma, a construção no sentido de fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica no defeito de organização (ou na cultura de inconformidade ao Direito)¹⁶⁵ e a necessidade de que a empresa não responda por fatos alheios realizados no seu interior, mas, sim, por fato próprio (ou seja, com uma contribuição própria para o fato das pessoas físicas), leva-nos a uma aproximação com a imputação objetiva, isto é, com critérios normativos adicionais para que se possa atribuir à pessoa jurídica o fato praticado pela pessoa física.¹⁶⁶ Isto é, há a necessidade de verificação, em alguma medida, de que a ausência de organização correta/suficiente gerou ou incrementou um risco não permitido e que esse risco se realizou no resultado.¹⁶⁷ Logo, parece-nos

¹⁶² Sobre o domínio da organização para a execução do fato, vide DIAS. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), p. 224–225; BRITO, Teresa Quintela de. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

¹⁶³ BRITO, Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 45–46 e 62–64. A pessoa jurídica exerce o seu domínio da organização para a execução do fato típico sempre que não adotar medidas de organização, gestão e controle adequadas a evitar o fato cometido (BRITO. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, p. 1434–1435.). Também: OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 35–37.

¹⁶⁴ Sem prejuízo, esses elementos só estarão presentes se os entes coletivos tiverem disponibilidade efetiva de tomarem medidas para evitar a prática do delito, isto é, apenas se forem “capazes de cumprir o dever jurídico-penal, podem ser censuradas pela sua violação” (BRITO. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 51; BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1243-1244). Aqui, a autora exclui a possibilidade de responsabilização de empresas “espantinho” ou sem um mínimo de capacidade de organização, no que se aproxima de uma regra de inimputabilidade das pessoas jurídicas. Sobre inimputabilidade das pessoas jurídicas, vide: SALGUEIRO, Ana Cláudia. Imputabilidade e “inimputabilidade” jurídico-penal da pessoa coletiva. *Revista do Ministério Público*, v.153, 2018; Díez. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 32–36.

¹⁶⁵ Díez. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 51.

¹⁶⁶ “Quanto à pessoa jurídica não faz sentido discutir um problema de causalidade/causação do facto punível, mas – e em primeiro lugar – de imputação objectiva de uma realização típica”, sendo um “facto normativamente típico, tanto no plano objectivo quanto subjectivo.” (BRITO. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, p. 1808.

¹⁶⁷ Para Quintela de Brito, o crime é cometido “no interesse colectivo” (art. 11º, n. 2, do CP) se reflete o modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica e/ou da sua política empresarial, ou seja, se o crime foi cometido num contexto em que a organização, operação e cultura da empresa facilita ou não impede tal prática. (BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do Crime*, v.0, 2014, p. 76-79.)

que, à semelhança de posicionamentos já expostos no direito comparado,¹⁶⁸ deve-se aferir se a não adoção de medidas de vigilância, supervisão e controle, exigidas da pessoa jurídica, de alguma forma contribui concretamente para o crime praticado pela pessoa física.¹⁶⁹

Tal constatação, reforçada pela previsão do número 6 do art. 11º do CP (analisado mais adiante),¹⁷⁰ é de suma importância para a análise da aplicabilidade e da função do *compliance* na responsabilidade da pessoa jurídica.

4.2. Aplicabilidade e função do *compliance* no modelo português

Ao contrário das legislações italiana, chilena e espanhola, o CP português não traz de forma expressa a possibilidade de isenção de responsabilidade em razão da adoção de programas de conformidade empresarial,¹⁷¹ porém, o art. 11º, 6, do CP¹⁷² seria a “porta de entrada” para a influência de programas de *compliance* na responsabilidade criminal dos entes coletivos.¹⁷³ O dispositivo legal reflete que as ordens ou instruções expressas seriam espécies de medidas preventivas de organização, gestão e controle, razão pela qual assume que a ausência delas leva a que pessoas em posição de liderança, ao praticarem o fato delituoso no exercício de suas funções e no interesse coletivo, tenham manifestado a própria vontade coletiva, permitindo a responsabilização do ente coletivo.¹⁷⁴ Por outro lado, se o agente atuar contrariando ordens ou instruções expressas, sua atuação seria contrária à vontade coletiva, impedindo a imputação

¹⁶⁸ Insere expressamente o defeito de organização na imputação objetiva: AROCENA, Gustavo A. Acerca del denominado “criminal compliance”, *Revista Crítica Penal y Poder*, v.13, 2017, p.139. Embora adote um modelo de autorresponsabilidade, também: DíEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 7-10.

¹⁶⁹ Sobre o tema da imputação objetiva e suas correntes, vide BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral - Vol. 1*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 312–321; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de, *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 502-517.

¹⁷⁰ Embora tratando de um sistema puro de autorresponsabilidade, Díez reconhece que o ideal seria uma regulação específica na legislação sobre esses requisitos, mas que a ausência da previsão não impede que as disposições sejam interpretadas de acordo com os princípios do direito penal e a realidade social das empresas, em especial se considerado que a legislação não positiva grande parte dessas questões em relação à responsabilidade individual. (DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 1.)

¹⁷¹ Tal ausência de previsão expressa, para alguns, um dos principais motivos para a pequena adoção de tais programas na realidade portuguesa, de modo que alteração legislativa nesse sentido seria recomendável. (JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. A elaboração de programas de compliance, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed, Coimbra: Almedina, 2018, p. 133-135.)

¹⁷² “CP, art. 11, 6. A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.”

¹⁷³ MENDES, Paulo de Sousa, *Law Enforcement & Compliance*, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 14. Outra porta de entrada seria o art. 11, n. 2, “b”, do CP, que exige inobservância de deveres de vigilância para responsabilização por crimes praticados por subordinados (BRITO, Teresa Quintela de. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 86–90.) e que, como visto, ajuda a definir o próprio modelo de imputação adotado.

¹⁷⁴ SOUSA. *Crítérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, p. 34–36.

à pessoa jurídica.¹⁷⁵ Haveria um reforço da autonomia da responsabilização penal das empresas, em especial quando da imputação do fato, pois as ordens expressas demonstram a “ausência de uma filosofia empresarial criminoso”.¹⁷⁶

A causa isentiva em questão é diversa da existência de programas de *compliance*, de modo que pode haver a isenção da responsabilidade mesmo na ausência desses programas.¹⁷⁷ Porém, como as ordens ou instruções devem ter clareza, efetividade e eficácia, que estão condicionadas pelo concreto modo de organização, funcionamento e atuação do ente coletivo,¹⁷⁸ o dispositivo conecta-se com a relevância do *compliance* na exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁷⁹

De qualquer forma, a influência de programas de *compliance* é determinada também pelo modelo de imputação adotado, que, no caso português, como visto, é um modelo misto, isto é, cujo objeto de imputação é um fato cometido pela pessoa física, mas que depende de uma contribuição concreta da pessoa jurídica, correspondente à falha na organização que determina ou facilita a comissão do crime individual. Daí que a implementação de programas de *compliance* eficientes pode fazer desaparecer essa contribuição da desorganização empresarial ao fato individual, excluindo a tipicidade objetiva.¹⁸⁰ De outro lado, a não implementação ou implementação incorreta pode fazer supor um favorecimento no crime cometido pela pessoa natural, um risco não tolerado a ser realizado no ato criminoso do indivíduo.¹⁸¹⁻¹⁸²

¹⁷⁵ OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 65; SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 409; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 276.

¹⁷⁶ SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 58–59.

¹⁷⁷ OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 66.

¹⁷⁸ Da jurisprudência, embora relativa a contraordenações, extrai-se: “para que as pessoas colectivas beneficiem da exclusão da responsabilidade criminal ou contraordenacional, [...] não basta a prova de que transmitiram aos seus empregados instruções no sentido de procederem com o máximo cuidado quanto ao estado dos produtos, já que o que há que provar é que os mesmos actuaram contra ordens ou instruções expressas, directas, concretas, determinadas por ela” (acórdão do TRP de 10.01.2001, proc. 0040383, referido em: BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 86–90.). Em sentido similar, já se afastou a exclusão da responsabilidade: por se tratar de ordens genéricas (acórdão do TRE de 08/06/2004, proc. 1114/04-3), pela aparente inexistência de instruções (acórdão do TRP de 16/01/2013, proc. 5454/11.7TBMAI.P).

¹⁷⁹ BRITO. *Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes*, p. 82–83. Também vê no referido dispositivo a abertura para a influência dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas jurídicas: SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 18.

¹⁸⁰ Quintela de Brito entende que o modelo português é de responsabilidade por fato próprio do ente, o que abre as portas para a “relevância dos mecanismos de criminal *compliance* nos planos, desde logo, do ilícito típico colectivo, mas também, porventura, da culpa da pessoa jurídica”. (BRITO, *Compliance. Cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 71–73.)

¹⁸¹ AROCENA. *Acerca del denominado “criminal compliance”*, p. 139.

¹⁸² Entretanto, só caso a caso é possível verificar se a infração pode ser imputada à pessoa jurídica em razão de um defeito organizacional, o qual incrementa um risco proibido, diante do poder-dever exigido das pessoas coletivas de se organizarem de forma a evitarem crimes cometidos em seu interior, em especial aqueles que lhe podem ser atribuídos em razão de previsão legal. Em sentido semelhante: SOUSA. *Crítérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, p. 49–51. O autor, embora qualifique como proposta de *lege ferenda*, entende que o defeito organizacional interno incrementa um risco proibido e autoriza a imputação de um ato típico e

Quintela de Brito entende que o *compliance* pode ser tanto uma causa de afastamento do ilícito típico coletivo quanto uma excludente da culpabilidade: pode acontecer de, apesar da “eficaz implementação de um programa de *compliance*”, verificar-se um fato revelador de sua insuficiência ou desatualização, de modo que haveria atribuição de fato à pessoa jurídica, pois refletiu o “específico modo de organização, funcionamento e actuação do ente”; entretanto, no entender da autora, a culpabilidade da empresa consistiria em uma “posição desvaliosa do ente perante as exigências do dever-ser jurídico-penal em concreto relevantes”, de modo que não poderia ser censurada pelo “ilícito-típico coletivo” se, no caso concreto, constatar-se que, apesar da deficiência na organização, tratou-se de um “acidente de percurso”.¹⁸³

Apesar da sofisticação do raciocínio, temos dificuldade em vislumbrar tal possibilidade de exclusão da culpabilidade, mesmo diante de um fato criminoso cometido em nome e no interesse da pessoa jurídica e facilitado por um defeito de organização desta, pois: não se assemelha, numa primeira análise, a nenhuma causa tradicional de exclusão da culpabilidade; reforçaria o receio de que o *compliance* serviria de subterfúgio para a isenção de responsabilidade das empresas,¹⁸⁴ já que a excluiria mesmo em caso de eficácia parcial do programa (o que também é uma ineficácia parcial); não há consideração semelhante na prática de nenhum dos países com maior vivência nesse tema, nos quais, quando muito, a eficácia parcial do *compliance* é uma atenuante da pena (e a revisão e a atualização dos programas são requisitos mínimos de sua adequação). Mesmo que, no caso concreto, se verifique que não seria exigível a tomada de outra medida eficaz para prevenir ou dificultar o delito (aproximando-se da tradicional excludente da inexigibilidade de conduta diversa),¹⁸⁵

ilícito, bem como a respectiva culpa, ao ente coletivo, o que estaria excluído se demonstrado que foram seguidas as regras adequadas para evitar aquele ilícito.

¹⁸³ BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 85–86. Em sentido semelhante, Díez sustenta que a culpabilidade empresarial seria associada a uma determinada cultura corporativa – de incumprimento ou infidelidade ao Direito (DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 51.). Também: VILELA. *A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”*, p. 110–112.

¹⁸⁴ Em especial das mais poderosas, que poderiam convencer mais facilmente sobre uma “cultura de fidelidade ao Direito”.

¹⁸⁵ Nesse sentido (relativamente a contraordenação): “a pessoa colectiva, sob pena de o seu comportamento poder ser censurado, é obrigada, através dos seus órgãos ou representantes, a organizar as suas actividades económicas (e outras) de modo adequado a, segundo critérios de normalidade, prevenir violações das normas legais, mas não lhe é exigível que monte uma organização que impeça ou neutralize toda e qualquer possibilidade de os seus agentes ou funcionários, actuando ao arrepio de instruções expressas, violarem normas legais, nomeadamente do direito penal económico já que nesses casos, porque nenhuma culpa lhe pode ser assacada, a sua responsabilidade é excluída [...]. Ora, os factos provados [...] demonstram que a arguida sociedade teve um comportamento cauteloso adequado a, segundo critérios de normalidade, prevenir a ocorrência dos factos, pois para além de, genericamente, ter instruído os gerentes das suas unidades hoteleiras para terem o máximo rigor e exigência relativamente ao funcionamento do sector de cozinha, tendo estabelecido uma cadeia hierárquica que implementou, sendo certo que se houve falhas no controle, elas talvez pudessem ser imputadas a um dos elos dessa cadeia por não se certificar que o responsável máximo da cozinha cumpria o determinado. [...] Traduzindo-se a culpa, sempre, num juízo de censura concreto, por alguém ter tido determinado comportamento, quando podia e devia ter agido de modo diverso (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. I, p. 316), perante aquele conjunto de factos, que o tribunal considerou provados, não se vê que outras medidas concretas podiam razoavelmente ser exigidas à sociedade arguida (que não contendessem com critérios de racionalidade de gestão económica) para evitar o resultado, pois que numa empresa, o normal é as pessoas cumprirem, devendo naturalmente,

parece-nos que a situação revelaria uma atuação dentro de um risco permitido (com exclusão da tipicidade objetiva).

Como já visto, definir a natureza jurídica do *compliance* nesse contexto auxilia na identificação do ônus da prova, pois ao MP caberia provar, inicialmente, a tipicidade da conduta, mas não a ausência de toda excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Daí a preocupação de alguns autores de que, se for uma causa de exclusão da tipicidade, à acusação caberá demonstrar não só a ocorrência do delito, mas também a ineficácia do programa de conformidade, o que seria impossível.¹⁸⁶ Todavia, como citado, há diversos elementos que a investigação acaba por colher em relação à empresa que indicam, por si só, o defeito de organização e, como consequência, a ineficácia de eventual programa de conformidade, de modo que não se trata de prova impossível. Sem prejuízo, o ordenamento jurídico português não estabelece a ineficácia de programas de *compliance* como critério de imputação, de modo que tal preocupação é ainda menos válida nesse regime. Assim, caberá, em princípio, ao investigado ou arguido alegar e demonstrar a efetiva implementação de um programa de *compliance* e sua eficácia na prevenção de delitos como aquele praticado por seus membros,¹⁸⁷ desde que a acusação tenha demonstrado de forma suficiente uma contribuição da pessoa jurídica, por meio de um defeito organizacional, para o fato criminoso.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

serem previstos mecanismo mínimos de controle que se mostravam implementados.” (Acórdão do TRG de 27/10/2008, processo n. 1339/08-1).

¹⁸⁶ BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 36–37.

¹⁸⁷ MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 14.

¹⁸⁸ Parece correto o raciocínio da FGE espanhola de que, demonstradas evidências suficientes do defeito de organização, caberia à pessoa jurídica uma explicação exculpatória que eliminaria o efeito incriminatório daquelas evidências, “à semelhança da doutrina jurisprudencial sobre provas circunstanciais, segundo a qual não há inversão do ônus da prova ou violação à presunção de inocência em exigir do arguido que facilite para lograr sua exculpação aqueles dados que é capaz de fornecer de forma única e insubstituível (TEDH. *Murray v. Reino Unido*, de 8 de fevereiro de 1996, *Geerings v. Holanda*, de 1 de março de 2007, *Grayson e Barnahm v. Reino Unido*, de 23 de setembro de 2008; *STC n. 137/98*, de 7 de julho, e *202/2000*, de 24 de julho, e *STS n. 1504/2003*, de 25 de fevereiro, *578/2012*, de 26 de junho, e *487/2014*, de 9 de junho)” e “não há dúvida de que é a própria empresa que possui os recursos e a possibilidade de comprovar que, apesar da prática do crime, seu programa foi eficaz e atendeu aos padrões legalmente exigidos, pois está nas melhores condições para fornecer dados únicos e insubstituíveis que pertencem à sua organização”. (Circular 1/2016, sobre a responsabilidade penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.)

¹⁸⁹ Em sentido similar, Quintela de Brito entende que o defeito de organização é ônus da acusação, pois ela trata-o como parte do requisito de atuação “no interesse coletivo”. Além disso, entende que o art. 11º, n. 6, do CP “não deve ser interpretado como uma presunção de culpa” da pessoa jurídica diante da prática de crimes por pessoas em posição de liderança (presunção que o próprio ente coletivo teria de afastar, mediante prova de ordens ou instruções expressas em sentido contrário), mas, sim, que tal dispositivo densifica o conceito de atuação no interesse coletivo, vinculando-o com o poder-dever da pessoa jurídica de se organizar e vigiar a fim de evitar a prática de fatos criminosos que lhe possam ser atribuídos (BRITO. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 55–58.). Nesse sentido, a autora critica o entendimento jurisprudencial exposto no Acórdão do TRP de 6.6.2012, Proc. N. 4679/11.OTBMAI.P1, no qual se reconheceu a prática de um ilícito-típico contraordenacional coletivo (“os factos dados como provados apontam no sentido da responsabilização da recorrente, uma vez que o ato ilícito [desembarque de passageiros efetuado fora do posto de fronteira qualificado para o efeito] foi praticado pelo trabalhador E, mas por indicação da supervisora D – ou seja, por indicação de quem tem autoridade para exercer o controlo da sua atividade [n.º 4 do cit. artigo 11.º]”), mas se excluiu a responsabilidade do ente coletivo em razão da atuação “contra ordens ou instruções expressas de quem de direito” (“está demonstrado que a arguida ‘explanou as instruções dadas aos funcionários responsáveis pelo embarque e desembarque de passageiros no Manual de Passageiros para o Aeroporto do Porto’ [...], cujos procedimentos, se seguidos pelos trabalhadores em causa, permitiriam inviabilizar a

Quanto à avaliação em si dos programas de *compliance*, não há impacto automático da sua existência na responsabilidade das pessoas jurídicas, nem mesmo na atenuação da pena, devendo ser avaliado se são efetivos no caso concreto,¹⁹⁰ pois a simples existência do programa não afasta os defeitos de organização que influenciaram no crime individual (o programa pode se revelar insuficiente ou desatualizado, com a subsistência de um defeito organizativo determinante para a prática do fato singular).¹⁹¹

De fato, como visto, nos ordenamentos jurídicos que o preveem expressamente, são exigidos diversos requisitos mínimos de um modelo de organização que se pretenda efetivo e adequado, os quais podem servir de referência para o caso português. Além disso, na avaliação dessa eficácia devem ser adotadas as lições da experiência estrangeira, notadamente: análise do modelo em uma perspectiva anterior à prática do crime (prognose póstuma), verificar se eventual ineficácia tem conexão com a facilitação do delito específico e analisar a possibilidade de que uma medida diversa pudesse evitar ou dificultar o delito.

Nesse contexto, não prospera a crítica de que a própria ocorrência do fato delitivo na atividade empresarial seria o reconhecimento ou da irrelevância ou da ineficácia do programa de *compliance*.¹⁹² Tal raciocínio anularia o maior incentivo para a adoção de programas de *compliance* pelas empresas (cujos benefícios são reconhecidos),¹⁹³ que parece ignorar que não há como se reduzir o risco de criminalidade a zero, em qualquer espécie de modelo de organização,¹⁹⁴ e não está de acordo com a avaliação por prognose póstuma.¹⁹⁵ O simples fato de ter ocorrido um crime não conduz a uma responsabilização automática da empresa, porém, a depender das circunstâncias, pode servir de indicativo importante acerca da existência de um defeito de organização (extensão, frequência e duração dos crimes, participação da cúpula etc.).

Outra crítica reside em que o *compliance* converteria a empresa em “juíza de si mesma”, a quem caberia decidir quando comunicar às autoridades um crime, e tanto os oficiais de *compliance* quanto eventuais *whistleblowers* seriam subordinados à

conduta que deu causa à contraordenação verificada”). (BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 90–92.)

¹⁹⁰ MENDES. *Law Enforcement & Compliance*, p. 12–14.

¹⁹¹ BRITO. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, p. 81; BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 85–86. Apenas exclui a responsabilidade um modelo de organização, gestão e controle eficaz para prevenir a prática do ilícito e o dever de tal organização se justifica para evitar que a empresa torne-se um fator criminógeno. (BRITO. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva*, p. 1436–1438.)

¹⁹² BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 27.

¹⁹³ SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 49–50.

¹⁹⁴ BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 62.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 687–688; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.

empresa.¹⁹⁶ Entretanto, a não comunicação de um crime às autoridades seria justamente um elemento a evidenciar falha na organização, de modo que o *compliance*, neste caso, não teria qualquer efeito atenuador.¹⁹⁷ Quanto aos *compliance officers*, um dos principais receios quanto aos programas de conformidade é justamente o de repassar toda a responsabilização a eles (que seriam uma espécie de bode expiatório),¹⁹⁸ de modo que o risco de sua responsabilização em caso de não cumprimento de deveres indica que a eventual subordinação não gerará, ao menos em linha de princípio, uma tendência a que venham atuar em desconformidade. Ainda, como visto, um dos requisitos essenciais de um modelo de organização adequado é a autonomia do oficial de *compliance* e o estabelecimento de um canal de denúncias com garantias ao denunciante (o que, a princípio, compensa também a crítica aos *whistleblowers*).

Por sua vez, quanto ao citado risco de descarga de toda a responsabilidade nos *compliance officers* (a quem seria atribuída eventual ineficácia dos programas de *compliance*), deve-se contrapor que uma das principais medidas dos programas de cumprimento é justamente definir competências e protocolos de formação da vontade da pessoa jurídica, tomada de decisões e respectiva execução, além dos próprios códigos de ética, de modo que um programa bem aplicado auxiliará muito na definição de responsabilidades e deveres de cuidado de cada um dos atores.¹⁹⁹

Quanto à crítica de que admitir o *compliance* como fator de isenção de responsabilidade seria tratar as pessoas jurídicas de forma desigual em relação às físicas,²⁰⁰ parece-nos que o raciocínio mais adequado é justamente o contrário: o *compliance* efetivo como medida de isenção é uma consequência do reconhecimento de que as pessoas jurídicas só podem responder criminalmente se contribuírem de forma própria para fatos criminosos (no caso, por meio de defeitos de organização que facilitem a prática do crime), de modo que, bem analisadas as coisas, trata-se de medida que vem ao encontro do princípio da igualdade (no sentido de não punir pessoas jurídicas por fatos exclusivos de terceiros, regra básica do direito penal individual).

¹⁹⁶ BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 24–25.

¹⁹⁷ Pelo contrário, poderia até mesmo gerar agravamento da pena, conforme MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 16–17.

¹⁹⁸ BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 39–44; MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 16–17.

¹⁹⁹ MARTÍN. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, p. 10–11; TIEDEMANN. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico, p. 38; SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance, *Revista Síntese*, v. 70, 2011, p. 210. Sobre imputação de fatos ilícitos a indivíduos dentro de estruturas empresariais, vide: SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009.; ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 112, 2015.; GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.

²⁰⁰ BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 45–49.

Assim, a isenção de responsabilidade por um programa de *compliance* efetivo deve ser admitida no direito português, seja em razão do art. 11º, n. 6, do CP, que acolhe uma isenção similar, mas muito menos exigente,²⁰¹ seja pelo modelo de imputação misto adotado, que exige uma contribuição da pessoa coletiva para o fato individual por um defeito de organização (o que seria afastado por um *compliance* efetivo), seja porque, como visto, as principais críticas a isso não merecem prosperar, pelo contrário, a criminologia, os estudos empíricos específicos e a experiência estrangeira parecem recomendar a prática.

Por fim, sem prejuízo de atuar como possível causa de exclusão de responsabilidade, há consenso, até mesmo entre os mais críticos, de que o *compliance* pode atuar como atenuante de pena,²⁰² pois, ainda que parcialmente eficaz, pode denotar o esforço da empresa no sentido de evitar a prática de delitos, a indicar uma menor censurabilidade da conduta. Tal possibilidade é extraída do art. 71º, n. 2, “e”, do CP, que avalia, na aplicação da pena, a conduta do agente, inclusive posterior ao fato,²⁰³ ou mesmo das causas de atenuação especial contidas no art. 72º, n. 2, “b”, “c” e “d”.²⁰⁴ De qualquer forma, deverão ser adotadas as mesmas cautelas quanto a eventuais programas “cosméticos”, criados apenas para se obter uma sanção abrandada.²⁰⁵

5. Conclusão

A análise de modelos de imputação de responsabilidade penal das pessoas coletivas suscita sempre o debate acerca do mais adequado do ponto de vista dos princípios constitucionais do direito penal. Nesse contexto, um modelo misto, que associe um fato da pessoa física a uma necessária contribuição da pessoa jurídica (por meio de um defeito de organização) revela-se o mais adequado e, na linha da doutrina mais moderna, deve ser o adotado em Portugal, pela interpretação de seus dispositivos legais à luz da CRP.

A partir dessa premissa, constata-se que a adoção de programas de *compliance* pode ter influência na responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal, inclusive para isentá-los de responsabilidade, na medida em que afastaria o defeito de organização. Isso é reforçado pelo art. 11º, n. 6, do CP, que permite a isenção de responsabilidade com medidas menos exigentes do que aquelas integrantes de um modelo de *compliance* adequado.

Daí decorre também que essa causa de isenção de responsabilidade afasta a tipicidade objetiva, na medida em que, ao excluir o defeito de organização, situa

²⁰¹ Não há um rol amplo de requisitos mínimos e não se exige conduta fraudulenta para iludir as ordens expressas, o que talvez vulnere um pouco o caráter de prevenção que fundamenta a influência dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

²⁰² SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 50; BUSATO, O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 32–35.

²⁰³ VILELA. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, p. 110–112; MENDES. *Law Enforcement & Compliance*, p. 14.

²⁰⁴ BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 93–95.

²⁰⁵ SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 186.

a empresa dentro dos limites de um risco permitido. Porém, não caberá à acusação comprovar, em todo e qualquer caso, a ausência de um programa de *compliance* efetivo: demonstrado um defeito de organização, haverá elementos suficientes para a imputação, cabendo à empresa, que tem maiores condições de fazê-lo, demonstrar eventual programa de conformidade efetivo, embora na prática as evidências de um aspecto serão decisivas para a convicção acerca do outro.

Por fim, deve-se ressaltar, à luz da experiência do direito comparado, que a avaliação da adequação e da eficácia de um programa de *compliance*: deve ser feita por uma perspectiva *ex ante* em relação ao crime, na denominada prognose póstuma; deve avaliar se eventual ineficácia tem conexão com a facilitação do delito específico praticado pela pessoa física vinculada à empresa e deve analisar a possibilidade de que uma medida diversa pudesse evitar ou dificultar o delito.

Assim, à luz dos próprios aspectos que justificam a responsabilização penal de empresas e também dos estudos empíricos e criminológicos sobre criminalidade empresarial e *compliance*, enfatiza-se o caráter preventivo dessa responsabilização, com o estímulo à evitação de ilícitos na atividade econômica, sem haver uma excessiva flexibilização de princípios constitucionais caros ao direito penal.

Referências bibliográficas

ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/paulo-pinto-de-albuquerque-a-responsabilidade-criminal-das-pessoas-colectivas-ou-equiparadas/>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A responsabilização do compliance officer e a Lei Anticorrupção. *Revista Síntese*, v. 148, 2018.

ANDORFATO, João J. Anhê. Um contributo aos estudos sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Modernas Técnicas de Investigação e Justiça Penal Colaborativa*. 1ª. São Paulo: LiberArs, 2015.

ARÁN, Mercedes García. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, p. 45–56, 1998.

AROCENA, Gustavo A. Acerca del denominado “criminal compliance”. *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 13, 2017.

BASUALTO, Héctor Hernández. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, v. 5, n. 9, 2010.

BRANDÃO, Nuno; JESUS, Solange. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués. *Eguzkilore*, v. 28, p. 125–144, 2014.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal dos Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRITO, Teresa Quintela de. Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*. Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

_____. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais*. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. 1ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do Crime*, v. 0, 2014.

_____. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, v. 2.

_____. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 1, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral* - Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. O que não se diz sobre o criminal compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

_____. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. *Revista Liberdades – Ed. Especial – Reforma do Código Penal*, 2012.

CICONTE, Valeria. *L’idoneità del modello ex D.lgs. 231/2001*. Disponível em: <<https://www.diritto.it/l-idoneita-del-modello-ex-d-lgs-2312001/>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

COELHO, Cecilia Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa. *In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.*

COLOMER, Juan-Luis Gómez. La persona jurídica acusada en el proceso penal español. *In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.*

CORTONI, Giulia. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale. Dissertação de Mestrado, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2013.*

COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. *In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.*

COSTA, Haide; RICHARTE, Fritos. *La pericial de "Compliance": Análisis de la profilaxis y prognosis de la responsabilidad criminal de la persona jurídica. Disponível em: <<https://confilegal.com/20190125-la-pericial-de-compliance-analisis-de-la-profilaxis-y-prognosis-de-la-responsabilidad-criminal-de-la-persona-juridica/>>. Acesso em: 25 jan. 2019.*

CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 132, 2017.*

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008.*

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.*

_____. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 100, 2013.*

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico. *In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.*

FGE, Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.*

_____. *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.*

FRANCO, J. A. González; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

FRATINI, Paolo. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*. Dissertação de Mestrado, Università Degli Studi Firenze, Florença, 2017.

FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, v. 6, 2018.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Responsabilidade penal de las personas jurídicas. In: BARRANCO, Norberto J. de la Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; et al (Orgs.). MARTÍN et al. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.

GUARAGNI, Fábio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Orgs.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2017.

JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. A elaboração de programas de compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, n. 1 a 4, 2015.

MAGALHÃES, Tiago Coelho. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 25, 2015.

MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. In: BARRANCO, Norberto J. de la Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin; et al (Orgs.). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

_____. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*. Disponível em: <<https://almacenederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo/>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, v. 5, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *Revista Julgar*, v. 5, 2008. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-M%C3%A1rio-Pedro-Meireles-Resp-Penal-Pessoas-Coletivas.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement & Compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

MONDACA, Iván Navas; LABARCA, Antonia Jaar. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. *Política Criminal*, v. 13, n. 26, 2018.

MOURA, Evânio. Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais. *Revista dos Tribunais*, v. 987, 2018.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.

OLIVEIRA, Arthur Machado. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

PÉREZ, Elena Gutiérrez. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal*, v. 24, 2015.

PWC, PricewaterhouseCoopers. A fraude vista à lupa. *Global Economic Crime and Fraud Survey 2018 - Perspetiva sobre Portugal*. 2018. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/advisory/forensic-services/gecs/pwc-gecs2018.pdf#page=4>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Orgs.). *Criminalidade de empresa y compliance*. Prevención y Reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

REMESAL, Javier de Vicente. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control. *Revista Penal*, v. 34, 2014.

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, 2015.

ROCHA, Jorge Bheron. *A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 988, 2018.

_____. *Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____; MARTINELLI, Sofia Bertolini. Gatekeepers e soluções de compliance. *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017.

SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Revista Síntese*, v. 70, 2011.

SALGUEIRO, Ana Cláudia. A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas. (In)constitucionalidade do artigo 11º, n. 2 e 3, do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 3, 2014.

_____. Imputabilidade e “inimputabilidade” jurídico-penal da pessoa coletiva. *Revista do Ministério Público*, v. 153, 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputacion de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009.

_____. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 2, 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática. In: BACIGALUPO, Silvina; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; BASALDUA, Juan Ignacio Echano (Orgs.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

_____. VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: Silva Sánchez, Jesús-María; Montaner Fernández, Raquel (Org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

SARAIVA, Renata Machado. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

_____. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SILVA, Sofia Serpa Andrade e. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización. *In Dret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 1, 2016.

SOUSA, Idalécio Rodrigues de. *Critérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, 2015.

SOUZA, Renee; LIMA, Rogério Sanches de. Compliance como instrumento de combate à corrupção. *Revista Síntese*, v. 141, 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, 2010.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 4, n. 1, p. 98–113, 2018.

TESI, Maristella Amisano. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, p. 303–331, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. *In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

TORRÃO, Fernando. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, v. 1 e 2, 2010.

UGARTE, Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*. Dissertação de Mestrado, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2018.

USSC, United States Sentencing Commission. *Sentencing Guidelines Manual*. 2016.

VILA, Ivó Coca. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Org.). Criminalidade de empresa y compliance*. Prevención y Reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

VILELA, Alexandra. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”. *In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Lisboa: Almedina, 2018.