

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE
CATOLICA
PORTUGUESA

O compliance e a responsabilidade penal do compliance officer

MARIA MADALENA MATOS BARBOSA

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Henrique Salinas,
no âmbito do Mestrado Forense – Direito e Processo Penal

Lisboa, Junho de 2020

Lista de Abreviaturas e Siglas

AA.VV. – Autores Vários

Al. – Alínea

Art. – Artigo

BdP – Banco de Portugal

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Imobiliários

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. – Edição

P. – Página

Ss. – Seguintes

Trad. – Tradução

Vol. – Volume

Índice

Lista de Abreviaturas e Siglas	2
Introdução	4
1. O programa de <i>compliance</i> e a definição do <i>compliance officer</i>	6
1.1. Delimitação do conceito de <i>compliance</i>	6
1.2. A estrutura do programa de <i>compliance</i>	8
1.3. A figura do <i>compliance officer</i>	11
2. A responsabilidade penal do <i>compliance officer</i>	14
2.1. Os crimes omissivos	14
2.2. Os crimes comissivos por omissão	15
2.2.1. Ausência da acção esperada	16
2.2.2. Possibilidade fáctica de agir	17
2.2.3. Imputação objectiva	17
2.2.4. Dever de garante	19
2.3. As teorias formais	20
2.4. A teoria das funções	22
2.5. A teoria do domínio de Schünemann	24
2.6. A posição de garante do administrador	25
2.6.1. As funções e competências do <i>compliance officer</i>	28
2.6.2. A posição de garante do <i>compliance officer</i>	31
2.7. A responsabilidade penal do <i>compliance officer</i> pela prática de crimes comissivos por omissão	37
2.7.1. Em geral	37
2.7.2. A responsabilidade penal do <i>compliance officer</i> por ausência de denúncia de crime praticado por terceiro	38
2.8. Casos especiais de responsabilidade penal do <i>compliance officer</i> por omissão	43
2.8.1. As investigações rotineiras	43
2.8.2. A defeituosa implementação do programa de <i>compliance</i>	44
Conclusão	46
Lista Bibliográfica	50
Webgrafia	54

Introdução

O presente trabalho visa contribuir para uma melhor compreensão no que concerne à complexa figura do *compliance officer* e à sua responsabilidade penal na óptica empresarial, enquanto profissional responsável pelo departamento de *compliance*.

A temática em causa revela-se pertinente face à actualidade, tendo em conta que a crescente e inesgotável expansão dos mercados, fruto da liberdade de circulação de capital e da consequente globalização, potencia a criação de riscos na empresa que podem vir a consubstanciar-se em delitos. Veja-se a prática do crime de branqueamento de capitais, corrupção, fraude, entre outros, cada vez mais conhecidos e repudiados pela sociedade civil e lesivos de bens jurídicos.

Neste sentido, o Estado tem vindo a exigir que o controlo e prevenção destas práticas seja realizado por normas regulatórias, mas também por normas internas criadas pelas próprias empresas através de sistemas de controlo interno: os chamados programas de *compliance*. O *compliance* surge como o programa que, a par de outras funções, permite prevenir a prática de condutas delituosas dentro da empresa, promovendo o cumprimento normativo da mesma.

Perante esta dinâmica de criminalidade empresarial, exige-se a adequada repartição e imputação das responsabilidades penais. No entanto, a complexidade estrutural e hierárquica que é característica das grandes empresas torna esta tarefa mais difícil. Impõe-se, assim, uma concreta delimitação das esferas de atribuição de cada funcionário, incluindo o administrador e o *compliance officer*. Sendo este último o chefe do departamento de *compliance* da empresa, as suas funções passam por gerir, controlar e cumprir o programa de *compliance* e receber as denúncias de suspeitas de crimes ou mesmo indícios de práticas criminais.

Face às suas funções, equaciona-se se perante o conhecimento da prática de um crime na empresa recai sobre este profissional o dever de impossibilitar a concretização do mesmo. Ou seja, vamos reflectir se o *compliance officer* detém uma posição de garante que o obrigue a evitar a verificação do resultado típico – crime.

Para tanto, neste estudo pretendemos focar a nossa análise primeiramente no programa de *compliance* e suas especificidades. De seguida, iremos tratar do conceito de *compliance officer*. Após a adequada apresentação da figura do *compliance officer*, faremos um enquadramento da estrutura típica dos crimes comissivos por omissão, para por fim equacionar-mos a posição de garante do *compliance officer*. Deste modo, vamos proceder a uma breve análise sobre as teorias doutrinárias que sustentam a posição jurídica na situação em apreço, definindo igualmente as funções e competências do *compliance officer*, já que a delimitação das suas funções permite ajudar a definir os seus deveres jurídicos. A pesquisa em questão permite fundamentar o nosso estudo com a adequada reflexão acerca da possível existência de uma posição de garante do *compliance officer* e em que moldes se poderá conceber a responsabilidade penal do próprio pela prática de crimes comissivos por omissão.

Palavras-chave: *compliance*; *compliance officer*; crimes omissivos; posição de garante; responsabilidade penal

1. O programa de *compliance* e a definição do *compliance officer*

1.1. Delimitação do conceito de *compliance*

É indiscutível que vivemos no seio de uma sociedade de risco. As hipóteses de prosperidade de cada nação já não se confinam ao seu território nacional. O progresso tecnológico e económico do século em que vivemos fomentou a criação de riscos desconhecidos. Estes riscos têm como epicentro determinadas decisões e acções humanas e são característicos da sociedade pós-industrial¹.

A enorme complexidade quer estrutural quer organizacional das grandes empresas que actuam no mercado global, dificulta uma eficaz intervenção e controlo dos perigos da sua actividade por parte do poder estadual. Assim, com o propósito de controlar o risco gerado pelas empresas, o Estado ficou impelido a proceder a uma regulamentação mista, ou seja, a uma regulamentação adaptada às normas de cada empresa em concreto, mas que contém igualmente no seu seio normas estatais adequadas. Esta nova forma de controlo da actividade empresarial por parte do Estado é intitulada de autorregulação regulada. De facto, a autorregulação regulada tem tendência para ser mais eficaz em detrimento das autoridades públicas no conhecimento e no controlo de possíveis práticas ilícitas empresariais, tendo em conta o maior conhecimento que a empresa possui de si mesma em relação ao Estado². A autorregulação tem como efeito um aumento da prevenção do risco e do cumprimento das normas legais nas empresas³.

Por via da autorregulação regulada, o Estado reconhece que cada empresa tem particularidades próprias. Assim, as autoridades públicas apoiam-se na empresa para criar

¹ Tal como refere FORIGO, Camila Rodrigues, “O *criminal compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade económica”, in *Direito Penal Económico – administrativização do Direito Penal, Criminal Compliance e outros temas contemporâneos*, Thoth Editora, 2017, p. 18, a actual realidade empresarial é “(...) um cenário globalizado, marcado pela busca incessante pelo lucro, pela falta de transparência e pelo individualismo.”

² *Ibidem*, p. 18; para mais desenvolvimentos sobre o sistema de autorregulação vide SIEBER, Ulrich, “Programas de “*Compliance*” en el Derecho Penal de la Empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, in *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Editorial Tirant Lo Bach, 2013, p. 78 e ss.

³ ANTONIETTO, Caio / RIOS, Rodrigo Sánchez, “*Criminal Compliance*: prevenção e minimização de riscos na gestão da actividade empresarial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, nº 114, 2015, p. 350.

normas regulatórias. É neste sistema de autorregulação regulada que vamos encontrar o *compliance*⁴.

Em síntese, o programa de *compliance* é um conjunto de medidas de controlo e autovigilância adaptado à empresa onde vai ser implementado. O grande objectivo do *compliance* é permitir que a empresa cumpra com todas as normas e regulamentos exigidos à actividade empresarial, quer de âmbito interno ou externo⁵.

O Estado vai incentivar o cumprimento normativo por via de normas legais que cominam com a implementação de normas de conduta e práticas de boa ética empresarial criadas pela empresa⁶. A implementação do programa de *compliance* na realidade empresarial surge como uma estratégia das empresas em ordem a promover a governança corporativa, através do cumprimento da lei, sem desconsiderar a sua finalidade de evitar o surgimento de responsabilidades civis, administrativas, e claro, penais⁷.

Note-se que a globalização conduziu à desregulação de modo geral dos mercados. Por sua vez, a desregulação acabou por promover o desenvolvimento de uma conjuração entre a criminalidade organizada e a criminalidade dentro da empresa⁸. A pessoa colectiva pode ser usada para a prática de actos ilícitos que em última linha irão produzir efeitos lesivos sobre os bens jurídicos protegidos pela sociedade⁹. Logo, os programas de *compliance* traduzem-se em sistemas de controlo munidos de capacidade para prevenir a criminalidade empresarial.

No ordenamento jurídico português, a responsabilidade de implementar um programa de *compliance* nas entidades obrigadas depende do órgão de administração¹⁰. A implementação do programa não tem cariz obrigatório geral, salvo certas excepções.

⁴ FORIGO, Camila Rodrigues, “O *criminal compliance*...”, p. 34.

⁵ MEDEIROS, João / JÚNIOR, Filipa Marques, “A elaboração de programas de *compliance*” in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 124.

⁶ ANTONIETTO, Caio / RIOS, Rodrigo Sánchez, “*Criminal Compliance: prevenção...*”, p. 350-351.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico – uma política criminal na era compliance*, Almedina, 2019, p. 57.

⁸ RODRIGUEZ, Laura Zúñiga, “Responsabilidad penal de las empresas – experiencias adquiridas y desafíos futuros”, in *Droit Pénal et Diversités Culturelles*, Schulthess Editions Romandes, 2012, p. 532.

⁹ *Ibidem*, p. 536.

¹⁰ Neste sentido, vide o artigo 4.º, n.º 1, Aviso do BdP nº 5/2008 e o artigo 13.º, n.º 1, da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto.

A Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto¹¹, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, no artigo (art.) 27.º, (com a epígrafe “*procedimentos complementares*”) permite que seja aprovada regulamentação sectorial com o intuito de complementar e aumentar a prevenção da prática deste tipo de crimes, bem recorrentes na criminalidade empresarial.

Neste sentido, no sector financeiro, o Aviso do Banco de Portugal (BdP) nº 5/2008¹² estabelece que as instituições de crédito sob a sua tutela devem, segundo o art. 1.º, n.º 1, “(...) *dispor de um sistema de controlo interno (...)*”. Também recentemente a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) publicou o Regulamento nº 2/2020¹³ de prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, que vem regulamentar a Lei nº 83/2017 de 18 de Agosto, e que estipula, no seu art. 3.º, que faz parte dos deveres das entidades obrigadas possuir um sistema de controlo interno.

A tendência a longo prazo face ao crescimento constante de riscos nas empresas, será a de se proceder à implementação voluntária do programa de *compliance* - sendo este considerado uma mais-valia para a empresa - e acredita-se que, num futuro próximo a sua implementação será obrigatória para todas as empresas, pelo menos em regime de prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

Após estas breves considerações sobre o conceito de *compliance* e a sua aplicabilidade empresarial, concluímos que o programa em questão irá fomentar uma cultura de cumprimento ético-normativo dentro da empresa.

1.2. A estrutura do programa de *compliance*

De modo a compreendermos inteiramente o *compliance*, cabe identificar a constituição e o modo de funcionamento deste sistema preventivo. Para procedermos à

¹¹ O âmbito de aplicação da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto, encontra-se previsto no art. 3.º, art. 4.º e art. 5.º da respectiva lei. O art. 12.º, n.º 1, aconselha a que as entidades obrigadas definam e assegurem a aplicação efectiva das políticas e dos procedimentos de controlo que se mostrem adequados.

¹² O art. 4.º do Aviso do BdP nº 2/2018, determina a necessidade de uma revisão, com intervalos não superiores a 12 meses do sistema de controlo interno e das práticas de gestão de risco.

¹³ Regulamento da CMVM nº 2/2020 que estabelece a prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. O presente regulamento entrou em vigor dia 16 de Abril de 2020. O seu âmbito de aplicação encontra-se definido no art. 2.º.

constituição do *compliance*, seguiremos a estrutura de implementação do programa apresentada por João Medeiros e Filipa Marques Júnior¹⁴.

O ponto de partida para executar a criação do programa de *compliance* passa por adaptá-lo à empresa na qual o mesmo vai ser implementado. A adequação começa pela análise, não só dos riscos em geral, mas igualmente dos riscos específicos inerentes à actividade da empresa. Em segundo lugar, o programa de cumprimento normativo tem que conceber Códigos de Ética e regulamentos internos que espelhem as boas práticas empresariais e que sejam conhecidos por todos os colaboradores da empresa.

O programa de *compliance* deve ser constantemente monitorizado, através do estabelecimento de meios de comunicação eficazes, promovendo-se um bom diálogo entre o departamento de *compliance* e a administração da empresa. Perante alguma suspeita ou indício da prática de uma conduta delituosa, deve o departamento proceder à devida investigação atempada, adoptando todas as medidas que considerar necessárias e reportar a situação à administração.

O último passo para que se crie um programa de *compliance* eficaz rege-se por formar e educar todos os colaboradores da empresa. É de extrema importância promover uma cultura de cumprimento e de ética empresarial, dando a conhecer a todos os colaboradores as consequências do não cumprimento, exigindo que os mesmos concebam o sistema de controlo como parte integrante da empresa onde exercem a sua actividade profissional¹⁵.

Decisivo no processo do *compliance* é ainda a actualização do programa. Esta actualização tem que operar para se poder adaptar às sucessivas alterações legislativas que têm influência no panorama regulatório e legal. Logo, o programa de *compliance* é um sistema em constante mutação, que nunca se dá por concluído e que tem como objectivo prevenir o surgimento de actos ilícitos, mas que não se compromete a erradicar totalmente com o incumprimento legal perpetuado pela pessoa jurídica¹⁶.

¹⁴ MEDEIROS, João / JÚNIOR, Filipa Marques, “A elaboração de programas...”, p. 137-142.

¹⁵ O art. 9.º, n.º 2, al. c) e d) do Aviso do BdP nº 5/2008 adverte para a mesma necessidade.

¹⁶ MEDEIROS, João / JÚNIOR, Filipa Marques, “A elaboração de programas...”, p. 135.

A eficiência e coordenação do programa preventivo depende da criação de um departamento de *compliance*. Ele tem como suas as funções de prevenção e fiscalização do cumprimento das normas de conduta e dos deveres de *compliance*. Face às atribuições que acumula, considera-se que o departamento de *compliance* deve ser independente da administração e deter poderes autónomos de controlo e iniciativa, assim como o encargo de proceder à análise dos riscos empresariais¹⁷.

O departamento de *compliance* não poderá operar sem um responsável pelo cumprimento e efectivação do próprio programa. O *compliance officer* ou, em português, o responsável pelo cumprimento, é a figura central do órgão em causa e igualmente a figura central do nosso trabalho, pelo que iremos proceder à sua análise em detalhe *infra*. A obrigatoriedade da designação de um *compliance officer* na realidade empresarial resulta do Aviso do BdP nº 2/2018¹⁸ e igualmente do recente Regulamento da CMVM nº 2/2020¹⁹.

Não obstante o *compliance* ser um programa com capacidade para prevenir práticas ilícitas na empresa, este também compreende certas desvantagens. Um aspecto negativo que pode ser apontado ao *compliance* é o seu custo. No entanto, o retorno desse investimento avultado é compensatório quando se ponderam as hipotéticas consequências resultantes de deficiências ou ausências de um programa reflectidas em indemnizações, multas, má reputação no mercado ou representação legal, males muitas vezes irreversíveis para a empresa²⁰.

Outra vicissitude que pode ser apontada ao *compliance*, e mais concretamente ao modo de funcionamento do seu departamento, prende-se com a sua forte dependência e consequente falta de autonomia face à administração da empresa. Torna-se difícil de conceber que seja possível ao departamento de *compliance* agir e decidir com total

¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal...*, p. 69.

¹⁸ O art. 7.º, n.º 1, do Aviso do BdP nº 2/2018, estabelece o seguinte: “*As entidades financeiras designam, nos termos previstos no artigo 16º da Lei, um elemento da sua direcção de topo ou equiparado para zelar pela aplicação efectiva das políticas e dos procedimentos e controlos adequados à gestão eficaz dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo a que a entidade financeira esteja ou venha a estar exposta, e pelo controlo do cumprimento do quadro normativo nesta matéria, dotando-o dos meios necessários previstos naquele artigo.*”

¹⁹ Segundo o art. 4.º, n.º 1, do Regulamento nº 2/2020 da CMVM, “*As entidades obrigadas designam um responsável pelo cumprimento normativo em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (...).*”

²⁰ MEDEIROS, João / JÚNIOR, Filipa Marques, “A elaboração de programas...,” p. 148.

liberdade, tendo em conta que o mesmo foi criado pela administração e a sua actividade depende deste órgão²¹.

Após a apreciação feita sobre o programa de *compliance* e a sua estrutura, podemos concluir que este, se bem implementado, tem força para ser no contexto de uma determinada empresa uma fonte de prevenção da prática de actividades ilícitas e consequente mitigação de danos criados sobre a própria e sobre bens jurídicos tanto próprios como alheios.

1.3. A figura do *compliance officer*

Após a abordagem sobre o conceito de *compliance* e a sua constituição, cabe neste momento tecer considerações sobre a figura central do nosso presente trabalho: o *compliance officer*. Para tal, torna-se previamente necessário perceber melhor quem é ele e quais são as suas atribuições, para de seguida decidir se o *compliance officer* possui ou não uma posição de garante em relação aos crimes cometidos na empresa por terceiros, com o objectivo de, por último, procedermos à abordagem da sua possível responsabilidade penal por crimes comissivos por omissão.

Na falta de base legal no ordenamento jurídico português que nos permita densificar o conceito de *compliance officer*, a doutrina tem vindo a esclarecer-nos sobre esta figura.

Nas palavras de Teresa Quintela de Brito²² “*Os compliance officers são administradores ou trabalhadores cuja função consiste apenas em controlar problemas organizativos concretos, relacionados ou não com a eventual conduta incorrecta de outros trabalhadores. Cabe-lhe uma função de duplo asseguramento, operando como uma barreira adicional destinada a evitar out puts lesivos da empresa.*”

²¹ OLIVARES, Gonzalo Quintero, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” in *AA.VV., Comentário a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, p. 86 *apud* BUSATO, Paulo César, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 41.

²² BRITO, Teresa Quintela de, “Relevância dos mecanismos de *Compliance* na responsabilização penal das Pessoas Colectivas e seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime* nº 0, 2014, p. 87.

De um ponto de vista centrado no crime de branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo no seio das instituições de crédito, Tiago Ponces de Carvalho²³ refere que o *compliance officer* “(...) é um elemento da direcção de topo das entidades obrigadas e por elas indicado; isto é, qualquer dirigente ou colaborador com conhecimentos suficientes da exposição da entidade obrigada ao risco de branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo, e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afectem a exposição ao risco.”

Para Tiago Geraldo²⁴, a figura em causa é “(...) um *gatekeeper* interno da organização, actuando enquanto delegado dos poderes que lhe foram delegados pela administração e tendo por função assegurar-se de que a empresa desenvolve a sua actividade em conformidade com as normas a que está sujeita.”

A designação²⁵ de um *compliance officer* compete ao órgão de administração da pessoa colectiva. A entidade obrigada deve assegurar que o *compliance officer* “(...) exerce as suas funções de modo independente, permanente, efectivo e com autonomia decisória necessária a tal exercício, qualquer que seja a natureza do seu vínculo com a entidade obrigada.”²⁶

Devido ao facto de o *compliance officer* ser o chefe do departamento de *compliance*, que, como vimos, depende da administração da empresa para tomar decisões, a independência e autonomia do *compliance officer* assim como a do departamento de *compliance* levanta dúvidas²⁷. Considere-se a dificuldade de actuação sob possíveis pressões por parte do órgão de administração (como por exemplo a hipótese de o

²³ CARVALHO, Tiago Ponces de, “O “*Compliance officer*” e o regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas na nova lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, in *Vida Judiciária*, nº 203, Porto, Setembro-Outubro 2017, p. 26.

²⁴ GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 285.

²⁵ O art. 16.º, n.º 1, al. a) e b) da Lei nº 83/2017 revela que as entidades obrigadas devem designar um oficial de cumprimento (da sua direcção de todo ou equiparado), sempre que tal seja “(...) a) adequado à natureza, dimensão e complexidade da actividade prosseguida pelas entidades obrigadas; ou b) exigível por lei, regulamentação ou determinação da autoridade sectorial competente (...).”

²⁶ Conferir o art. 16.º, n.º 3, al. a) da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto; podemos encontrar semelhante medida no art. 17.º, n.º 2, al. c) e d) do Aviso do BdP nº 5/2008.

²⁷ Vide, GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal...”, p. 287.

administrador ser o principal alvo de suspeita da prática de um crime dentro da empresa). Assim, o *compliance officer* deve actuar livre de pressões ou constrangimentos²⁸.

A falta de determinação legal do conceito de *compliance officer* e a ausência de aplicabilidade geral das mesmas funções a todos os *compliance officers* tem como resultado que haja uma grande diversidade da figura em si, pois as tarefas que lhe são adstritas estão dependentes da empresa em que o mesmo exerce a sua actividade profissional. A inevitável consequência será uma maior dificuldade em conseguir definir e imputar a sua responsabilidade penal²⁹.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal*..., p. 131.

²⁹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica”, in *El Derecho Penal en la era Compliance*, Tirant lo Bach, 2013, p. 169.

2. A responsabilidade penal do *compliance officer*

Decidiu-se agrupar no mesmo capítulo a posição de garante e a responsabilidade penal do *compliance officer* por crime comissivo por omissão, dado que a grande questão que se insere no presente trabalho traduz-se na discussão sobre a existência de uma posição de garante do *compliance officer* que o obrigue a agir com o propósito de evitar a verificação do resultado típico, sob pena de incorrer na prática de um crime comissivo por omissão, uma vez que um dos elementos constitutivos dos crimes comissivos por omissão é a existência dessa mesma posição de garante.

Ao analisarmos a responsabilidade penal do *compliance officer* dentro da empresa, questionaremos se este poderá vir a responder por comissão por omissão, segundo o que se encontra previsto no art. 10.º, n.º 2, do Código Penal (CP), o que só será possível caso se conclua que sobre ele recai o dever jurídico de evitar o resultado. Isto é, os deveres que o *compliance officer* conserva implicam que o mesmo fique investido no dever jurídico de evitar a produção de resultados previstos em tipos legais de crime no âmbito empresarial?

2.1. Os crimes omissivos

Quando falamos da responsabilidade penal do *compliance officer* encontramos-nos no campo da responsabilidade penal por omissão. Logo, iremos prosseguir com o estudo desta forma de conduta.

As condutas penalmente relevantes repartem-se entre o *facere* e o *non facere*. Conseguimos distinguir a acção como uma actividade física, concebida pelo agente e a omissão como um não fazer algo por parte do mesmo³⁰. A nossa abordagem, tendo em conta o trabalho em concreto, limitar-se-á somente à omissão.

³⁰ SOUSA, Ricardo Oliveira, “A omissão e o princípio da legalidade”, in *Revista do Ministério Público* nº 129, ano 33, Jan-Mar 2012, p. 233; sobre a distinção entre a acção e a omissão veja-se, SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLV, nº 1 e 2, 2004, Coimbra Editora, p. 1272 e ss.

Ora, omitir é não fazer algo. Será somente através do conhecimento desse “não fazer” que poderemos determinar se a omissão tem ou não relevância penal³¹. Cabe enquadrar que os crimes omissivos têm revestido cada vez mais importância face aos laços de solidariedade comunitários actuais, isto é, entende-se que numa dada comunidade existem certas situações onde os cidadãos podem e devem exercer uma acção positiva³².

Dentro da omissão, deve-se proceder a uma distinção entre os crimes omissivos puros ou próprios e os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios. A diferença reside no facto de que nos primeiros é a própria lei que estabelece que a omissão vale como crime³³. Em contrapartida, os crimes comissivos por omissão, nas palavras do Professor Figueiredo Dias, “(...) *seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à acção, como tal legalmente prevista e punida na parte geral (art. 10.º, n.º 1 e 2 do CP)*”³⁴.

Outro traço distintivo a ser mencionado consubstancia-se no facto de nos crimes omissivos puros, o preenchimento do tipo objectivo ocorre somente pela verificação da ausência da acção esperada (logo, estamos perante crimes de mera actividade). Em contrapartida, nos crimes comissivos por omissão, para além da necessária equiparação entre a acção e a omissão, o agente está investido com uma posição de garante que lhe obriga a agir com o objectivo de impedir a verificação do resultado (assim, são crimes de resultado)³⁵.

2.2. Os crimes comissivos por omissão

Incidimos o nosso estudo sobre os crimes comissivos por omissão, na medida em que a responsabilidade penal do *compliance officer* decorre da possível existência de uma posição de garante, que é parte integrante da estrutura deste tipo de crime.

³¹ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra Editora, 2007, p. 82.

³² Neste sentido, LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 112.

³³ O exemplo mais paradigmático que podemos encontrar no Código Penal de um crime omissivo puro, cinge-se ao crime de omissão de auxílio (art. 200.º CP).

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2007 p. 913-914.

³⁵ *Ibidem*, p. 915.

O art. 10.º, n.º 1, do CP, diz-nos que quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo. O n.º 2 do artigo mencionado refere que a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado³⁶.

De modo geral, os crimes comissivos por omissão são crimes cuja tipicidade depende de dois factores: em primeiro lugar da equiparação da acção à omissão, que resulta do art. 10.º, n.º 1, do CP; em segundo lugar, da vinculação do agente ao dever jurídico de garante, nos termos do art. 10.º, n.º 2, do CP³⁷.

Como ensina Ricardo Oliveira Sousa³⁸, os elementos que consubstanciam a estrutura típica dos crimes comissivos por omissão são a ausência da acção esperada, a possibilidade fáctica de agir, a imputação objectiva e a posição de garante.

2.2.1. Ausência da acção esperada

A acção esperada vale face ao perigo para o bem jurídico que se presencia na situação concreta. Espera-se um determinado *facere* por parte do agente investido numa posição de garante que vale como pressuposto para que a omissão seja tipicamente relevante. Exige-se ao omitente que faça algo para evitar um determinado resultado, sendo esta acção um agir com o objectivo de preservar o bem jurídico protegido pela norma em causa³⁹. O omitir relevante neste âmbito tem que reflectir um incumprimento de uma determinada acção que era esperada por parte do agente⁴⁰.

³⁶ Na opinião de CUNHA, José M. Damião da “Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português”, in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 499, não se exige que o agente impeça o resultado, mas sim que ele tome “(...) as medidas necessárias para que o “resultado” não se produza ou este se torne menos provável.”

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 120.

³⁸ SOUSA, Ricardo Oliveira, “A omissão e o...”, p. 237.

³⁹ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁰ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 82.

2.2.2. Possibilidade fáctica de agir

Quando falamos de uma possibilidade fáctica de agir, referimo-nos a uma possibilidade material que resulta da proximidade existente entre o agente e o bem jurídico, assim como o conhecimento da situação típica por parte do agente⁴¹.

A falta da possibilidade fáctica de agir ocorre quando não há uma capacidade física de acção por parte do agente⁴². A esta impossibilidade física devemos equiparar uma impossibilidade técnica que resulte da falta de meios necessários para empreender a acção esperada⁴³.

Se a possibilidade fáctica não se verificar, ou seja, se o agente não conseguir intervir para evitar o resultado porque por exemplo não possui os meios necessários ou porque dispõe de uma deficiência física, não é possível alegar que estamos perante uma omissão penalmente relevante⁴⁴.

No que se refere à responsabilidade penal do *compliance officer* pela prática de crime comissivo por omissão, a possibilidade fáctica de agir enunciada não é uma possibilidade física, mas sim uma possibilidade técnica.

2.2.3. Imputação objectiva

A imputação objectiva é um elemento constitutivo da situação típica dos crimes comissivos por omissão que gera controvérsia, devido à dificuldade existente em estabelecer um nexo de causalidade entre a ausência da acção que era esperada e o consequente não impedimento da verificação do resultado. Aqui o problema surge essencialmente pela falta de manifestação do comportamento esperado, não permitindo desta forma a verificação do nexo de causalidade⁴⁵.

⁴¹ RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, Almedina, 2000, p. 40.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 928.

⁴³ *Ibidem*, p. 929. No mesmo sentido, LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 88.

⁴⁴ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 86.

⁴⁵ Como bem refere LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 98, “É hoje quase unânime o reconhecimento da inexistência de uma verdadeira causalidade na omissão, não se vislumbrando uma equivalência naturalista entre o desvalor da acção e da omissão, mas sim uma equivalência jurídica, normativa.”

A complexa divisão do trabalho nas grandes empresas complica a ideia de que neste contexto o autor do crime detenha o domínio do facto, como manda a teoria tradicional⁴⁶. Segundo esta teoria⁴⁷, “(...) autor é somente aquele que está no “centro do acontecimento”, é aquele que, senhor do facto, domina a realização do delito tomando nas suas mãos os acontecimentos criminosos de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica.”

No âmbito da criminalidade empresarial, é difícil identificar um autor que pratique um facto típico com consciência do alcance da decisão de o executar⁴⁸. A teoria do domínio do facto pretende somente determinar quem é que comanda a actuação que dá origem ao tipo. Pela falta de execução da acção nos crimes de omissão, esta teoria não é aplicável neste contexto⁴⁹.

Com o intuito de colmatar a ausência de uma conduta que permita executar o nexo de causalidade, considera-se se a acção que não existiu poderia ter hipoteticamente evitado a verificação do resultado⁵⁰.

Figueiredo Dias segue um caminho diferente e entende que deve ser adoptada nesta sede a teoria da “conexão do risco”⁵¹, ou seja, “(...) a acção esperada ou devida deve ser uma tal que teria diminuído o risco de verificação do resultado típico.”

⁴⁶ Neste sentido, SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IURIDICA* 98 V. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1006.

⁴⁷ ROXIN, Claus, *Strafrecht II* (nota 7), p. 9 e ss., e, do mesmo autor, *Autoria y Dominio del Hecho* (nota 12), p. 368 *apud* SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal...”, p. 1012

⁴⁸ SANCHEZ, Bernardo Feijoo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, in *Revista de Derecho Público*, Universidad de Los Andes, Facultad de derecho, nº 21, 2008, p. 5.

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 770.

⁵⁰ RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da...*, p. 41; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 931-932, não concorda com parte da doutrina que sustenta que a verificação de que a acção inexistente poderia hipoteticamente ter evitado o resultado deve-se basear numa probabilidade que roça a certeza, na medida em que tal tese teria como consequência um deixar impunes certos agentes como por exemplo – os pais de uma criança gravemente enferma que deixam o filho por tratar, sobrevivendo o resultado letal, só porque a possibilidade da sua salvação por tratamento médico não roça a certeza; no mesmo sentido que Figueiredo Dias, *vide* LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 104.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 930; no mesmo sentido *vide* LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 101.

De advertir que Claus Roxin⁵² é da opinião de que a teoria da diminuição do risco (criada pelo próprio), não deve ser utilizada em sede de crimes comissivos por omissão, por duas razões: a primeira, devido ao facto de ter um âmbito de aplicação demasiado abrangente, na medida em que torna possível a confirmação da imputação objectiva mesmo nas situações em que não é certo que a acção do sujeito permitiria diminuir o risco de verificação do resultado. Inclusive nas situações em que a evitação da verificação do resultado está dependente da passagem de informação a uma entidade ou pessoa, quando não é certo se essa entidade ou pessoa, com o conhecimento do sucedido, vai actuar no sentido de evitar a verificação do resultado. A segunda razão invocada baseia-se na limitação que a teoria provoca, pois esta não permitiria punir o omitente se fosse comprovado *ab initio* que a entidade com capacidade para evitar o resultado típico nada faria, sabendo-se assim que a informação prestada pelo garante não teria diminuído o risco de verificação do resultado.

No entanto, apesar das críticas que acabámos de mencionar, entendemos que das teorias expostas a mais razoável e, porventura, a que permite proceder ao nexo de causalidade na omissão de maneira mais fidedigna, é a teoria da conexão do risco, que iremos adoptar no presente trabalho.

2.2.4. Dever de garante

Por último, para além de todos os elementos que acabámos de mencionar, para a verificação do cometimento de um crime comissivo por omissão é necessário atribuir uma posição jurídica ao omitente, uma posição de garante.

A posição de garante é, de acordo com Enrique Gimbernat Ordeig⁵³, “*a posição que destaca uma pessoa de todas as demais, que lhe faz responsável do bem jurídico penalmente protegido, e, se não evita a sua lesão, atribui-se-lhe a consequência igual como se a tivesse causado por uma acção.*”

⁵² ROXIN, Claus, “Problemas da causalidade intermediada psiquicamente”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, nº 100, janeiro-fevereiro 2013, p. 283-284.

⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición” in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo L, 2000, p. 12 *apud* GONÇALVES, Pedro Correia, “A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais”, in *Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas*, ano IX, nº 12, 2009, p. 158-159.

A dificuldade que encontramos neste ponto resulta da inexistência de um fundamento jurídico que faça recair sobre o *compliance officer* o dever de evitar a consumação do resultado típico. Por conseguinte, com o objectivo de tentar esclarecer a eventual existência de uma posição de garante, torna-se relevante começar por expor as teorias tradicionais (a teoria formal) e as teorias modernas (a teoria das funções).

As teorias formais resultam de uma estipulação de três fontes jurídicas (a lei, o contrato e a ingerência) como factor justificativo da posição de garante, enquanto que a teoria das funções encontra a sua explicação para a posição de garante tendo por base determinados critérios materiais⁵⁴.

2.3. As teorias formais

Apesar do art. 10.º, n.º 2, do CP, determinar que a ausência de uma acção adequada a evitar o resultado só será punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico, a norma legal em causa não esclarece quais são as fontes do dever jurídico em questão, ou seja, não clarifica em que situações é que surge sobre o omitente o dever jurídico de agir para evitar a verificação do resultado.

Para ultrapassar tal ausência de esclarecimento e determinação, a doutrina tradicional⁵⁵ define a posição de garante do agente erigindo como fontes do dever jurídico a lei, o contrato e, mais tarde, a ingerência. Isto é, somente por via de uma lei, de um contrato ou de um actuar precedente perigoso é que o omitente poderá ser responsabilizado penalmente pois está vinculado ao dever jurídico de actuar em ordem a evitar a verificação do resultado⁵⁶. Porém, não obstante a inovação que veio trazer ao assunto em debate, esta teoria, actualmente, encontra-se ultrapassada⁵⁷.

⁵⁴ SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir...”, p. 1285.

⁵⁵ Doutrina iniciada por FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1847, p. 24 *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 934.

⁵⁶ RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da omissão...*, p. 54.

⁵⁷ Como expressa DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 935, “Ora sendo este ramo do Direito caracterizado pelas íntimas relações que mantém com a realidade social que regulamenta, e não se encontrando o seu fundamento imediato na letra da lei ou no contrato, mas no solidarismo essencial ao harmonioso desenvolvimento da vida em sociedade, não se justifica a manutenção de uma classificação baseada nas fontes do dever.”

Começando por referir a lei, esta foi a fonte formal que menos discussão gerou, na medida em que expressa o querer legislativo⁵⁸. Contudo, como veremos, são conhecidos diversos casos onde, apesar da posição de garante não se encontrar legalmente prevista, esta fixa-se em virtude do dever de proteger bens jurídicos alheios⁵⁹.

A ingerência surge do facto de o agente, devido a uma acção ou omissão precedente realizada pelo próprio e que tenha colocado em risco determinados bens jurídicos, fica vinculado ao dever de eliminar o perigo criado. De forma sintética, o dever de garante de actuar com vista a impedir a verificação do resultado nas situações de ingerência seria justificável tendo em conta que “(...) *quem desencadeia uma acção potencialmente perigosa para bens jurídicos seja, concomitantemente obrigado a desenvolver a actividade adequada a evitar a positividade de tal perigo (...)*”⁶⁰. Mas a ingerência levanta questões no que se refere ao respeito pelo princípio da legalidade⁶¹.

Não se pode sustentar que a ingerência possa dar origem a uma posição de garante, isto é, um actuar precedente seja ele lícito ou ilícito não pode gerar por si só um dever jurídico que obrigue o omitente em causa a evitar a verificação do resultado típico⁶².

Olhando por último para o contracto, a restrição perpetrada pela concepção da mera existência do mesmo como fonte do dever de garante teve como efeito a sua superação. Pense-se primeiramente na *babysitter* negligente que não é responsabilizada juridico-penalmente devido ao facto do contrato de *babysitter* ser considerado nulo. Ou noutro exemplo, imagine-se que estamos perante um contrato de *babysitter* celebrado até à meia noite, mas onde os pais da criança só aparecem às duas da manhã, encontrando a sua filha ferida porque a *babysitter* se ausentou à meia noite. Os dois exemplos expostos⁶³, demonstram inequivocamente o carácter restritivo do contrato como fonte da posição de

⁵⁸ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 152; refira-se como exemplifica SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir...”, p. 1285, o dever mútuo de auxílio entre pais e filhos que consta do art. 1874º do Código Civil.

⁵⁹ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 167.

⁶⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade da empresa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fasc. 4, Coimbra Editora, Out-Dez 1999, p. 262.

⁶¹ Referimo-nos ao art. 29.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que refere o seguinte: “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.”

⁶² SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir...”, p. 1296.

⁶³ *Ibidem*, p. 1286-1287.

garante, na medida em que o mesmo, permite que haja uma ausência de responsabilização jurídico-penal de certas pessoas que praticam condutas objectivamente merecedoras de pena.

Pelo contrário, também conseguimos vislumbrar situações em que a teoria formal é excessivamente ampla⁶⁴. Veja-se o caso da *babysitter* que avisa os pais anteriormente que irá incumprir o contrato, e, mesmo assim, a criança fica sozinha em casa e fere-se. Neste caso, o dever de garante continua a pertencer aos pais e não à *babysitter*⁶⁵. Não é possível conceber que, mesmo em situações em que o contrato é assinado com o propósito de proteger bens jurídicos se deve pressupor que o mesmo cria *per se* uma posição de garante de evitação de resultados lesivos. Nestas situações deve-se equacionar somente uma responsabilidade jurídico-civil⁶⁶.

Embora a teoria formal tenha conseguido excluir das fontes do dever de garante certos deveres morais de agir criados pela comunidade, alegadamente extra-jurídicos⁶⁷, por outro lado, as críticas sobre a mesma referem que esta conduz a resultados ou demasiado restritivos, ou demasiado amplos, como se demonstrou anteriormente.

Citando as palavras de Pedro Soares de Albergaria, conclui-se que a teoria formal se mostrou “(...) incapaz de responder a elementares exigências de justiça e tutela que a riqueza das situações da vida vinham pondo a nu (...)”⁶⁸.

2.4. A teoria das funções

Em resultado das alegadas insuficiências das teorias formais e das suas respectivas fontes como sustentação da posição de garante, aparece num momento posterior a teoria das funções sob a égide do Autor alemão Armin Kaufmann. O Autor veio defender que o dever de garante tem a sua origem ora numa função de guarda de um bem jurídico

⁶⁴ Pense-se igualmente, como sugere LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 167, numa “concepção irrestrita” do conceito de ingerência.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1293.

⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, p. 936.

⁶⁷ RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da...*, p. 55.

⁶⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “A posição de garante...”, p. 260-261.

concreto, ora na função de vigilância de uma fonte de perigo⁶⁹. Dado o tema que nos propusemos a estudar, focaremos somente a nossa análise na alegada função de vigilância de uma fonte de perigo, mais concretamente, a subcategoria intitulada como função de vigilância de uma fonte de perigo face à actuação de um terceiro, na medida em que a posição de garante do administrador será sustentada tendo como base o seu dever de controlo da fonte de perigo empresa, incidindo nas condutas dos seus subordinados.

De modo geral, a função de vigilância de uma fonte de perigo resulta da concepção comunitária de que quem dispõe sobre um domínio específico deve controlar os riscos inerentes ao mesmo, ou seja, deve evitar que se verifiquem condutas potencialmente lesivas de bens jurídicos⁷⁰. A *ratio* da posição de garante neste domínio parte de uma expectativa societária que pressupõe que quem está incutido de controlar uma certa fonte de perigo deve obviar a verificação de qualquer resultado lesivo de bens jurídicos alheios⁷¹.

Neste quadro, e começando por olhar para a posição do administrador, esta posição jurídica de garante resultaria da incumbência ou do domínio incumbido a certas pessoas de controlarem ou vigiarem uma determinada actividade⁷². No âmbito empresarial, e como decorrência da já mencionada sociedade de risco, a perspectiva é a seguinte: se a empresa é uma fonte constante de perigos geradores de consequências potencialmente lesivas para bens jurídicos, surge um dever de controlo dessa mesma fonte de perigos.

Todavia, tal afirmação é questionável e como veremos mais adiante a suposição de que a empresa é uma fonte de perigos que podem vir a produzir delitos penais não é facto assente na doutrina.

A teoria das funções tal como a teoria formal foi alvo de críticas. Argumenta-se que da titularidade de uma fonte de perigo não nasce um dever jurídico de obstar a verificação

⁶⁹ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik Der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283 e ss *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 937; veja-se LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 169-170, que nos esclarece que o primeiro grupo de deveres é constituído pelos deveres de protecção ou assistência, que se encontram subdivididos em deveres de solidariedade natural com o titular do bem jurídico, estreitas relações de comunidade e assunção de custódia. O segundo grupo de deveres encontra-se subdividido em deveres de garante face a uma acção perigosa prévia, deveres sobre a vigilância de uma fonte de perigo e deveres fundados na responsabilidade sobre a actuação de terceiros.

⁷⁰ SOUSA, Ricardo Oliveira, “A omissão e o...”, p. 252.

⁷¹ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 269.

⁷² SOUSA, Ricardo Oliveira, “A omissão e o...”, p. 256.

do resultado típico lesivo de bens jurídicos⁷³. Considera-se igualmente que da teoria das funções deriva uma clara incerteza legal, tendo em consideração que neste ponto é visível que a influência ética se impõe com maior grau de intensidade do que a influência jurídica⁷⁴.

Após a análise realizada tanto das teorias formais como da teoria das funções, podemos concluir que ambas possuem as suas limitações. No entanto, a teoria das funções foi o ponto de partida e o contributo essencial para a elaboração consequente de diversas teorias, entre elas, a teoria do domínio de Schünemann, de que falaremos de seguida.

2.5. A teoria do domínio de Schünemann

Devido às dificuldades em que incorriam as teorias anteriores, mais concretamente no que respeita à posição do administrador, defende-se uma teoria cujo conteúdo tem por base a posição de domínio que o administrador possui dentro da empresa.

Se adoptarmos a teoria do domínio formulada por Schünemann, o foco passará a ser o prisma da esfera do domínio do agente. Para o Autor, “(...) *o dever de garante surge do domínio do garante sobre a causa do resultado; facto que justifica decisivamente a equiparação da omissão imprópria com o comportamento activo*”⁷⁵.

A verificação do princípio da equiparação ocorre pelo domínio fáctico do administrador sobre os elementos perigosos da empresa e igualmente pelo poder de mando sobre os seus trabalhadores subordinados⁷⁶.

De ressaltar que o domínio sobre os elementos perigosos da empresa (o domínio material) não se exclui mesmo que se verifique uma situação de violação de normas de cuidado por parte do administrador. Da mesma maneira, o poder de mando sobre os trabalhadores subordinados (o domínio pessoal) não desaparece se o administrador não

⁷³ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 290.

⁷⁴ Neste sentido, SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir...”, p. 144.

⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, in *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. 41, nº 2, 1988, p. 536.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 537.

for capaz de monitorizar os seus subordinados, seja a causa a falta de informação ou o fraco poder de mando sobre os subordinados que o mesmo possui⁷⁷.

Considera-se assim que a posição de garante do administrador resulta do domínio que o agente detém sobre a fonte de perigo empresa, acrescido do domínio que possui sobre os seus subordinados. Como defende Schünemann, “(...) o que está mais perto da coisa tem que executar as actividades materiais relativas à sua competência no estabelecimento que estejam indicadas para o controlo da fonte de perigo”⁷⁸.

2.6. A posição de garante do administrador

Ainda que a posição de garante do administrador não seja objecto da nossa dissertação, esta posição jurídica, como bem salienta Paulo de Sousa Mendes⁷⁹, será o arranque para procedermos à posterior fundamentação da alegada posição de garante do *compliance officer*. Assim considerado, julgámos ser pertinente fazer uma referência à posição de garante do administrador na empresa.

Como veremos, apesar da responsabilidade penal do administrador ser amplamente aceite pela doutrina e jurisprudência, a discussão recai sobre o seu alcance⁸⁰.

Acredita-se que os deveres jurídicos de actuar para evitar a verificação do resultado devem ter como intuito a protecção de bens jurídicos⁸¹. Se a pessoa colectiva, por via da sua actividade, é fonte de riscos, tanto o empresário como os membros do órgão de administração são os garantes originários do controlo da actividade empresarial e devem

⁷⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “A posição de garante...”, p. 264-265.

⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de...”, p. 538.

⁷⁹ MENDES, Paulo de Sousa, “*Law Enforcement e compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 16.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de...”, p. 536.

⁸¹ ROXIN, Claus, “Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 23, Thomson Reuters, Jan-Fev 2015, p. 36.

agir com o objectivo de que a empresa não sacrifique bens jurídicos alheios⁸². A fonte de perigo é entendida nesta perspectiva como a actividade da empresa⁸³.

São os administradores da empresa que a administram e a representam, como indica o art. 192.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC). É o administrador a figura principal a deter o poder de organizar a empresa, comercializar e lucrar com a mesma⁸⁴. Se o administrador possui estes poderes de mando sobre os seus subordinados, de direcção e controlo da estrutura empresarial, não será forçoso concluir que seja ele o responsável pelas condutas dolosas perpetradas pelos seus subordinados dentro da empresa⁸⁵. Assim, a justificação da posição de garante do administrador é consequência do surgimento da empresa que criou uma fonte de perigo⁸⁶.

De referir que perante a prática de crimes no seu seio, a empresa também poderá vir a ser responsável se se verificar que o crime em questão foi praticado em nome e no seu interesse. Contudo, não abordaremos o tema da responsabilidade penal da pessoa colectiva por se encontrar fora do espectro daquilo que pretendemos explorar com este trabalho.

Continuando, entende-se que há excepções à regra da responsabilidade dos administradores, que podem advir de normas legais que submetam o cumprimento dos deveres a outros membros da empresa, ou por via da delegação, quando a administração decide delegar certos deveres a outros trabalhadores⁸⁷.

A liberdade de organização empresarial da pessoa colectiva tem como efeito que haja um controlo da actividade empresarial para que esta não lese bens jurídicos⁸⁸. Ou seja, o

⁸² BALLERINI, Sebastián A., “*Compliance officer* como garante de control. Breves consideraciones dogmáticas”, in *Comisión derecho Penal parte general. Eje temático: posiciones de garante*, p. 3; com opinião contrária vide SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín, “Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, in *Responsabilidad de la Empresa y Compliance* Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, p. 316, e também, SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal...”, p. 1031.

⁸³ GERALDO, Tiago, A responsabilidade penal..., p. 280.

⁸⁴ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 170; no que toca às competências gerais da administração societária vide art. 405º e art. 431º do CSC.

⁸⁵ BALLERINI, Sebastián A., “*Compliance officer*...”, p. 4.

⁸⁶ ROXIN, Imre, “Responsabilidade do Administrador da empresa por omissão imprópria”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Thomson Reuters, Ano 23, Jan-Fev 2015, p. 70.

⁸⁷ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, 2008, p. 392.

⁸⁸ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 170; no ordenamento jurídico português, a liberdade de organização encontra-se constitucionalmente consagrada, no art. 80º al. c) da CRP: “A

motivo pelo qual nos debruçamos sobre a responsabilidade dos administradores dentro da empresa resulta do dever de agir perante os riscos que se criam no âmbito empresarial, dever este que surge como consequência da liberdade dada às empresas para se organizarem como desejarem⁸⁹. A posição de garante originária do empresário advém assim do controlo que o mesmo dispõe sobre a fonte de perigo empresa, mas depende, no entanto, de uma assunção fáctica por parte do empresário relativamente à função de controlo em causa⁹⁰.

A liberdade empresarial faculta aos administradores poderes de direcção, domínio e autoridade sobre os seus subordinados. Devido à crescente complexidade organizacional das grandes empresas, os membros da administração têm tendência em delegar junto dos seus funcionários determinadas funções e poderes. Seria inconcebível que o administrador incorporasse a capacidade para vigiar e coordenar toda a actividade da empresa. Deste modo, por via da delegação é possível mitigar a propagação dos riscos e os seus possíveis impactos sobre a empresa e terceiros.

À partida, o princípio da autorresponsabilidade teria como efeito que perante um delito praticado por terceiro, o administrador não estaria investido com o dever de evitar a verificação do resultado. No entanto, como refere Figueiredo Dias⁹¹, este princípio perde relevância perante determinadas situações especiais. Neste caso concreto, o princípio da autorresponsabilidade cairia por terra face à existência de uma posição jurídica tendente a obrigar o garante a obviar a verificação de um resultado típico lesivo de bens jurídicos.

Como já sustentámos anteriormente, tendo por base a teoria do domínio de Schünemann consideramos que a posição de garante do administrador resulta do domínio que o agente detém sobre a fonte de perigo empresa, conjugado com o domínio sobre a actuação dos seus subordinados, sendo o suporte desta opinião, a liberdade empresarial constitucionalmente facultada ao administrador.

organização económico-social assenta nos seguintes princípios (...): Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;”

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da, *A responsabilidade penal...*, p. 391.

⁹⁰ ESTELLITA, Heloísa, “Responsabilidade por omissão dos membros do conselho de administração”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 28, nº 3, Setembro-Dezembro 2018, p. 410.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 949.

2.6.1. As funções e competências do *compliance officer*

Antes de equacionarmos a possível posição de garante do *compliance officer* pretendemos densificar as suas funções e competências, tendo em conta que a actual estrutura organizacional das empresas assenta no princípio da hierarquia e no princípio da divisão de trabalho⁹². A consequente repartição de tarefas e descentralização de funções obriga a que se proceda à delimitação das funções e competências do *compliance officer* com o fim de obter posteriormente uma melhor imputação das responsabilidades penais.

Não existe um perfil profissional transversal no que diz respeito a todos os *compliance officers*, pelo que as suas funções variam consoante a actividade empresarial em que estes exercem o seu trabalho⁹³. Porém, o art. 16.º, da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto, determina as funções e obrigações do *compliance officer* no âmbito da prevenção do crime de branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo.

Citando o art. 16.º, n.º 2 desta Lei⁹⁴, as funções do *compliance officer* passam por “ (...) a) *Participar na definição e emitir parecer prévio sobre as políticas e os procedimentos e controlos destinados a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo;* b) *Acompanhar, em permanência, a adequação, a suficiência e a actualidade das políticas e dos procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, propondo as necessárias actualizações;* c) *Participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação interna da entidade obrigada;* d) *Assegurar a centralização de toda a informação relevante que provenha das diversas áreas de negócio da entidade obrigada;* e) *Desempenhar o papel de interlocutor das autoridades judiciais, policiais e de supervisão e fiscalização, designadamente dando cumprimento ao dever de*

⁹² GONÇALVES, Pedro Correia, “A responsabilidade por...”, p. 155.

⁹³ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 168.

⁹⁴ De notar que o Regulamento n.º 2/2020 da CMVM determina expressamente que o *compliance officer* é o responsável pelo programa de *compliance*. O art. 4.º, n.º 1 al. a) do Regulamento nº 2/2020 da CMVM indica que: “*As entidades obrigadas designam um responsável pelo cumprimento normativo (...) a) responsável pelo sistema de controlo de cumprimento.*”

comunicação previsto no artigo 43º e assegurando o exercício das demais obrigações de comunicação e de colaboração.”

Ora, além de elencar as funções do *compliance officer*, a Lei nº 83/2017 de 18 de Agosto, também estabelece deveres preventivos concretos relativamente ao crime de branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo⁹⁵. Estes deveres não devem ser interpretados somente como atribuições do departamento de *compliance* ou do *compliance officer*, mas devem ser entendidos como deveres da empresa em geral, dependendo o cumprimento dos mesmos de diversas áreas da entidade obrigada⁹⁶.

Um dos deveres mais importantes do *compliance officer* é o que se encontra previsto no já mencionado art. 16.º, n.º 2, al. e) da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto. Por força do preceito legal, o *compliance officer* encontra-se encarregue de dar cumprimento ao disposto no art. 43.º, da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto⁹⁷, que se traduz no dever de comunicação. Para tal, cabe ao *compliance officer* dar o conhecimento à administração de suspeitas ou indícios de práticas criminosas que ocorram ou estejam a ocorrer dentro da empresa, para que este órgão, por sua iniciativa, reporte as referidas actividades às autoridades competentes, se assim o entender e considerar necessário.

Entende-se que não é uma obrigação do *compliance officer* proceder ao reporte das actividades ilícitas directamente às autoridades competentes, tendo em consideração que o próprio é um membro da empresa, um trabalhador legalmente contratado e não um funcionário público, que deve prestar contas ao Estado, concluindo-se assim que não é de exigir ao *compliance officer* que proceda a uma denúncia obrigatória⁹⁸. É o que se retira

⁹⁵ Conferir os artigos (arts.) 43.º-47.º e arts. 50.º-56.º da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto.

⁹⁶ COSTA, José Neves da, “A responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief *Compliance officer* no crime de branqueamento”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, 2018, p. 313.

⁹⁷ O art. 43.º, n.º 1, da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto, diz o seguinte: “*As entidades obrigadas, por sua própria iniciativa, informam de imediato o Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República (DCIAP) e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que certos fundos ou outros bens, independentemente do montante ou valor envolvido, provêm de actividades criminosas ou estão relacionados com o financiamento do terrorismo.*”

⁹⁸ Sobre este assunto, MENDES, Paulo de Sousa, “A problemática da punição do autobranqueamento – a responsabilidade criminal do oficial de cumprimento”, in *Católica Law Review*, volume I, nº 3, Universidade Católica Editora, 2017, p. 145-146; note-se que a denúncia é obrigatória, como estipula o Código de Processo Penal no art. 242.º n.º 1, al. b) “(...) *para os funcionários, na aceção do artigo 386.º do Código Penal, quanto a crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.*”

igualmente do art. 43.º, n.º 1 da Lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto, por não se referir à apresentação de uma denúncia especificamente por iniciativa do *compliance officer*, mas aludir simplesmente à necessidade da iniciativa advir das entidades obrigadas.

Cumpre mencionar as recentes alterações efectuadas no Direito Europeu relativamente ao estabelecimento de linhas de reporte a operar perante a suspeita ou o conhecimento de condutas ilícitas no seio empresarial – os canais de denúncia. A recente Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Outubro de 2019 (Directiva (UE) 2019/1937) relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União Europeia⁹⁹, vem preservar os direitos dos denunciantes (*whistleblower*) dessas mesmas violações do direito e vem impor a obrigatoriedade da criação de canais de denúncia eficazes, a operar dentro da empresa, com o objectivo de ampliar a prevenção da criminalidade empresarial. De salientar que, por força do art. 2.º da Directiva (UE) 2019/1937, a mesma é transversal a vários ramos empresariais, sendo assim a sua obrigatoriedade bastante abrangente no sector económico-financeiro.

A nova Directiva (UE) 2019/1937 vem assim determinar a obrigatoriedade de os Estados-Membros assegurarem que “(...) *as entidades jurídicas dos setores privado e público estabeleçam canais e procedimentos para denúncia interna (...)*”¹⁰⁰. Este canal de denúncias interno deve assim funcionar dentro da própria empresa e, segundo o art. 9.º n.º 1, al. c), a empresa deve nomear uma pessoa ou serviço imparcial competente para receber as denúncias e dar seguimento às mesmas. Assim, o *compliance officer*, se for a pessoa nomeada para tal (que será expectável, tendo em conta as suas funções), ficará encarregue da gestão do canal de denúncias interno. É igualmente aconselhado pela Directiva (UE) 2019/1937, no art. 7.º n.º 2, que o Estado-Membro incentive primeiramente a denúncia interna em detrimento da denúncia externa na medida em que pode dar-se o caso da violação se resolver de forma eficaz internamente, sem necessidade de recurso às autoridades externas. No devido capítulo, iremos analisar se estas recentes alterações legais irão ou não ditar alguma alteração na averiguação e imputação da responsabilidade penal do *compliance officer*.

⁹⁹ De notar que a Directiva em questão ainda não foi transposta para o ordenamento jurídico português. O prazo de transposição termina em 2021. O projeto-lei, encontra-se actualmente em fase de discussão.

¹⁰⁰ Vide o art. 8.º n.º 1 da Directiva (UE) 2019/1937.

No quadro geral das suas funções e competências podemos considerar que cabe ao *compliance officer* proceder à gestão do programa de *compliance*, assim como realizar o devido controlo interno averiguando a consonância das práticas da empresa com a legalidade, através do conhecimento de toda a informação disponível e pertinente sobre a actuação da pessoa colectiva. Por último, perante o conhecimento ou a suspeita da prática de actividades ilícitas realizadas por trabalhadores da empresa, ele deve reportar junto da administração, para que, se as suspeitas assim se confirmarem (e se necessário), se transmita o conhecimento do facto ilícito às autoridades competentes.

2.6.2. A posição de garante do *compliance officer*

Como vimos anteriormente, um dos elementos que faz parte da estrutura típica dos crimes comissivos por omissão é a posição de garante, que merece agora a nossa atenção. Iremos assim de seguida, problematizar se o *compliance officer* tem ou não uma posição de garante dentro da empresa que o obrigue a impedir a verificação de condutas ilícitas típicas de terceiros. A conclusão relativamente a esta questão, permitirá determinar se o *compliance officer* é responsável ou não pela prática de crimes comissivos por omissão.

Um dos métodos de análise da eventual posição de garante do *compliance officer* tem por base o escrutínio das suas funções e competências. Deste modo, impõe-se que o rol de competências esteja firmemente delimitado para que se proceda à eventual imputação da responsabilidade penal.

Primeiramente, torna-se importante impedir que haja imputação de responsabilidades por parte dos administradores das empresas no *compliance officer*, como se fosse de atribuir toda a responsabilidade resultante dos riscos da actividade empresarial a este profissional¹⁰¹.

A partir do momento em que as funções do *compliance officer* não são uniformizadas e variam consoante a esfera de actuação da empresa em que o próprio exerce a sua actividade profissional, torna-se difícil determinar a sua responsabilidade penal pela

¹⁰¹ MENDES, Paulo de Sousa, “A problemática da punição...”, p. 146.

prática de crimes comissivos por omissão, na medida em que não estamos perante uma situação aplicável de forma homogénea¹⁰².

A doutrina tem vindo a procurar encontrar uma justificação para o fundamento da posição de garante do *compliance officer*, fazendo-se notar opiniões divergentes sobre este assunto.

Uma das fontes da posição de garante é a ingerência, que, como já definimos *supra*, é uma acção ou omissão precedente que gerou ou aumentou o risco de lesão de determinados bens jurídicos de terceiro. A regra consequente indica que quem criou o perigo em causa tem a obrigação de o afastar, sob pena de lhe poder ser imputado o resultado que venha a verificar-se¹⁰³.

Em relação à possibilidade da ingerência ser considerada a fonte da posição de garante do *compliance officer* partilhamos a mesma opinião que Anabela Rodrigues¹⁰⁴, ao considerar que se um profissional, contratado por uma empresa para o cargo de *compliance officer*, soubesse *a priori* que seria penalmente responsável pelos crimes cometidos pelos seus subordinados, fruto de uma posição de garante, nomeadamente por ingerência, o mesmo não aceitaria o cargo em causa.

Acrescente-se que o actuar precedente perigoso não pode criar *per se* um dever de garante que obrigue o omitente a obviar um determinado resultado lesivo de bens jurídicos alheios¹⁰⁵. Consideramos que as possíveis actuações do *compliance officer* dentro da empresa se encontram na esteira do chamado risco permitido.

Ademais, a teoria formal menciona também o contrato como fonte da posição de garante. Juan Velasco Perdígones¹⁰⁶, defende que a posição de garante deve constar do

¹⁰² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 169.

¹⁰³ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 162.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal...*, p. 72; em sentido contrário, ou seja, defendendo que o dever de garante do *compliance officer* surge de um actuar precedente perigoso, veja-se SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascaraín, “Salvar al Oficial Ryan...”, p. 311.

¹⁰⁵ SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir...”, p. 1296.

¹⁰⁶ PERDIGONES, Juan Velasco, “Nociones sobre cuestiones civiles y penales controvertidas en la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el *Compliance officer*, transparencia y prevención de la corrupción en las empresas y secreto profesional del abogado y blanqueo de capitales”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, Marzo 2018, p. 195.

contrato de onde se estabelece expressamente que o *compliance officer* assumiu o dever de actuar para prevenir a prática de actos ilícitos praticados por terceiros.

De facto, o contrato pode revelar-se uma fonte da posição de garante. Isto significa que o contrato pode ser uma fonte extrapenal. Basta pensar nas situações em que se estabelecem “relações fácticas de confiança”, onde voluntariamente alguém em concreto aceita proteger um bem jurídico de outrem¹⁰⁷. Todavia, não será o incumprimento da posição de garante estipulada no contrato que vai dar origem à responsabilidade penal. O fundamento do dever jurídico de obstar a verificação do resultado não pode ser retirado de particularidades jurídico-civis do contrato¹⁰⁸.

Há quem entenda que a base para sustentar a posição de garante do *compliance officer* deve ser feita através da definição dos seus poderes funcionais, ou seja, das funções de controlo do foco de perigo que o *compliance officer* recebeu do administrador por via da delegação¹⁰⁹. Mas os poderes funcionais não podem ser invocados como base de sustentação de um dever de garante. Os poderes funcionais serão relevantes para apurar a responsabilidade penal, perante certas circunstâncias¹¹⁰.

Como já referimos anteriormente, a adequada gestão da empresa depende da distribuição das mais variadas funções por parte do órgão de administração nos seus funcionários visto que nas grandes empresas se torna extremamente impracticável que o órgão de administração disponha de um controlo total de tudo o que se passa e se executa no seio da mesma. Assim, a delegação de poderes é uma realidade visivelmente comum no meio empresarial. No nosso caso concreto, ao considerar-se que o *compliance officer* recebe mediante a delegação um leque de poderes funcionais, surge oportuno analisarmos o modo de funcionamento do instituto da delegação.

Para se considerar válida a transferência entre delegante e delegado, a delegação depende da verificação do preenchimento de determinados pressupostos. Segundo

¹⁰⁷ LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 232; como refere BARROS, António Coelho, “Sobre os crimes omissivos, em especial o dever de agir nos crimes omissivos impróprios”, in *Revista Jurídica*, nº 2, Lisboa, 1983, p. 73, no contrato “(...) o núcleo central consiste na aceitação de uma especial esfera de dever associada ao não impedir o resultado.”

¹⁰⁸ BARROS, António Coelho, “Sobre os crimes...” p. 72.

¹⁰⁹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 173.

¹¹⁰ SOUSA, Susana Aires de, *Questões fundamentais do Direito Penal da empresa*, Almedina, 2019, p. 72.

Sebastián Ballerini¹¹¹, primeiramente, o dever de garante originário tem que resultar do empresário da pessoa colectiva. O segundo passo concentra-se na necessidade de que tanto delegante como delegado procedam sem qualquer constrangimento de vontade. Por fim, a delegação válida forma-se se existir uma possibilidade, ainda que fáctica, do *compliance officer* cumprir e desenvolver os deveres de cuidado que lhe são adstritos.

Ora, após analisarmos os pressupostos para a verificação de uma delegação válida entre o administrador e o *compliance officer* cabe apreciar quais serão as consequências da delegação na figura do administrador. Ou seja, compete determinar se a posição de garante originária pertencente ao administrador se extingue, se mantém ou se porventura se modifica.

Neste contexto, surge a opinião de Jacobo Dopico Gómez-Aller¹¹² que entende que assistimos a uma modificação do dever de garantia e controlo das fontes de perigo por parte do administrador. Este dever converte-se num dever de supervisão e vigilância passivo sobre o trabalho do delegado. O delegante deve preservar-se atento e estabelecer uma boa linha de comunicação com o seu *compliance officer*, bem como lidar de maneira adequada com qualquer situação de perigo que lhe for comunicada. O Autor Juan Lascuráin Sánchez¹¹³ assume que se altera a posição de garante do dirigente empresarial, mas sob uma perspectiva diferente: “*Na realidade o que sucede é que o empregador delega a execução perigosa ou o domínio da fonte de perigo ou a protecção de um bem e delega por sua vez os deveres de controlo e cuidado anexos a tal execução, domínio e protecção.*”

Assim sendo, a responsabilidade do delegante não se extingue, nem se mantém, mas modifica-se. Apesar da transferência ocorrida entre delegante e delegado, o empresário não fica totalmente exonerado de responsabilidade, entendendo-se que ocupa a partir do momento em que ocorre esta transferência uma posição mais secundária que passa pelo

¹¹¹ BALLERINI, Sebastián A., “*Compliance officer...*”, p. 5; no entendimento de SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin, “*Salvar al Oficial Ryan...*”, p. 310, os deveres de garantia resultam de uma “*Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio (...).*”

¹¹² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “*Posición de garante...*”, p. 177.

¹¹³ SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin, “*Salvar al Oficial Ryan...*”, p. 314.

controlo do cumprimento e vigilância dos deveres que incumbem ao seu delegado¹¹⁴. De referir do mesmo modo que o empresário mantém um poder-dever de decidir sobre o modo de agir perante a prática de possíveis delitos que chegam ao seu conhecimento. Como salienta Teresa Quintela de Brito¹¹⁵, estamos perante um sistema de “duplo asseguramento”, na medida em que tanto o *compliance officer* como o administrador vão-se complementar no controlo realizado sobre o risco.

O delegado encontra-se encarregue de controlar os riscos de actuação da pessoa colectiva, devido aos deveres de vigilância que lhe foram delegados pelo empresário¹¹⁶. No entanto, o *compliance officer* não é o garante originário dos riscos empresariais¹¹⁷.

Mas será que a transferência de funções de controlo, mais concretamente de deveres de vigilância representa a transferência simultânea da responsabilidade de evitar a prática de crimes dentro da empresa por parte do *compliance officer*? Por outras palavras, será a delegação a fonte da posição de garante do *compliance officer*?

Há quem considere¹¹⁸ que só pelo facto de o *compliance officer* exercer a sua função de responsável pelo departamento de *compliance* que este deveria responder penalmente por crimes perpetrados na empresa. Isto é, por força da sua actividade profissional, o mesmo receberia de forma automática esta responsabilidade pois estaríamos perante uma responsabilidade por transferência que resultaria da delegação do controlo do foco de perigo. No entanto, a titularidade de uma fonte de perigo não vale *per se* como justificação para uma posição de garante por parte do agente perante qualquer consequência que advenha da fonte¹¹⁹.

Partilhamos da mesma opinião que José Neves da Costa¹²⁰, que entende que defender a transmissibilidade automática da responsabilidade é inconstitucional e vai contra o

¹¹⁴ PERDIGONES, Juan Velasco, “Nociones sobre cuestiones...”, p. 191; para LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 249, “(...) o delegante pode ainda manter uma parte do dever de garante, dependendo a sua amplitude concreta do circunstancialismo sub judice.”

¹¹⁵ BRITO, Teresa Quintela de, “Relevância dos mecanismos...”, p. 87.

¹¹⁶ GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal...”, p. 285.

¹¹⁷ BALLERINI, Sebastián A., “*Compliance officer*...”, p. 4.

¹¹⁸ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 170.

¹¹⁹ Neste sentido, LEITE, André Lamas, *As posições de garantia...*, p. 290.

¹²⁰ COSTA, José Neves da, “A responsabilidade penal...”, p. 314; no mesmo sentido, mas com uma linha argumentativa diferente, vide BUSATO, Paulo César, “O que não se diz...”, p. 42.

disposto no art. 30.º n.º 3, da CRP que consagra que, “*A responsabilidade é insusceptível de transmissão.*”

Logo, os deveres de vigilância da fonte de perigo (empresa) por via da delegação não são consequência da transferência do delegante para o delegado do dever jurídico de garante e, por sua vez, da responsabilidade penal por comissão por omissão pela prática de crimes por terceiros dentro da empresa. Apesar da complexa organização empresarial que temos vindo a enunciar, que exige uma apropriada actuação do sistema da delegação de competências empresariais a trabalhadores da empresa por parte do administrador, entendemos que ele não transfere qualquer tipo de responsabilidade, dado que a esfera de domínio do administrador que, como vimos, está representada no domínio que o agente detém sobre a fonte de perigo empresa, acrescido ao domínio que ele possui sobre os seus subordinados, faz parte da sua posição de garante originária e não se descentraliza por força da delegação.

As funções e responsabilidades do *compliance officer* cingem-se à vigilância e controlo da actividade empresarial. A função de vigilância diz apenas respeito à gestão do programa de *compliance*, à detecção e investigação de possíveis infracções assim como ao recebimento e comunicação das denúncias que recebe ao órgão de administração da empresa.

Por conseguinte, consideramos que não pertence ao *compliance officer* uma posição jurídica que o obrigue a agir de modo a evitar a verificação de práticas ilícitas empresariais. A nosso ver, permanece na pessoa do administrador o domínio sobre a fonte de perigo, sendo que pela delegação o *compliance officer* recebe apenas funções de controlo e vigilância.

As atribuições do *compliance officer* têm o propósito de criar as condições adequadas para que a empresa cumpra com os deveres a que se encontra vinculada, culminando as suas atribuições no adequado reporte de informação recebida da prática de crimes ao órgão de administração¹²¹.

¹²¹ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner, “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, p. 758.

Ao *compliance officer* é exigido que controle e crie as condições ideais para impedir a ocorrência de crimes no sector empresarial. Impende sobre ele um dever de actuar, porém não lhe é imposto um dever de agir com o objectivo de evitar a ocorrência desses mesmos crimes.

Concluimos a nossa posição, apoiados nas palavras de Jacobo Dopico Gómez-Aller¹²² que assume que “(...) *difícilmente podem fazer-se afirmações gerais do tipo “o compliance officer ostenta um dever de garante” (ou “o compliance officer não ostenta um dever de garante”), nem tomadas de posição muito gerais sobre como deve valorar-se a sua omissão.*”

2.7. A responsabilidade penal do *compliance officer* pela prática de crimes comissivos por omissão

2.7.1. Em geral

Neste capítulo iremos proceder à análise de hipóteses em que surge a possibilidade de imputar a responsabilidade penal ao *compliance officer* pela prática de crimes comissivos por omissão. Cabe salientar que todas as possíveis situações de responsabilidade penal que iremos referir, devem ter sempre como base as funções do *compliance officer* de cada específica empresa. Considerámos anteriormente que o *compliance officer* não possui uma posição de garante que o obrigue a evitar a verificação do resultado verificado na forma de crime. Esta conclusão será uma peça essencial para a fundamentação da responsabilidade penal do *compliance officer*, como iremos apreciar seguidamente.

Já abordámos que a possível responsabilidade penal do *compliance officer* resultará da prática de um crime comissivo por omissão, isto é, da ausência da uma acção

¹²² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 169. De mencionar a interessante opinião de MARTÍN, Adán Nieto, “Los problemas jurídicos del cumplimiento normativo” in *El Derecho económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 29, que declara que “Se à vista da estrutura de poder dentro da empresa, resulta impensável que o responsável do canal de denúncias possa denunciar a irregularidade levada a cabo por um determinado directivo, não deveríamos afirmar a existência de um dever de garante.”

adequada a evitar o resultado. E será mediante o crime comissivo por omissão que abriremos de seguida uma possível hipótese de imputação penal.

2.7.2. A responsabilidade penal do *compliance officer* por ausência de denúncia de crime praticado por terceiro

Uma das funções mais importantes do *compliance officer* é o dever de reporte perante o recebimento ou a descoberta de suspeitas assim como indícios criminais, a ocorrer na empresa em que exerce a sua actividade profissional¹²³. Compete-lhe, no caso de recepção de denúncias, comunicá-las de forma atempada ao órgão de administração, com o intuito deste decidir o seguimento a dar às mesmas. Mas será que a falta do cumprimento deste dever pode gerar a imputação ao *compliance officer* de um crime comissivo por omissão?

Como sabemos, a estrutura típica do crime comissivo por omissão depende da ausência da acção esperada, da possibilidade fáctica de agir, do nexos causal entre a omissão e o resultado e, por último, de uma posição de garante que obrigue o omitente a agir com o fim de evitar a verificação típica do resultado.

A acção adequada a evitar o resultado, neste caso, seria o omitente proceder ao referido reporte junto da administração sobre a suspeita ou indício da prática de um crime¹²⁴. A informação prestada ao órgão de administração pode vir a ser crucial para travar a continuidade delictiva verificada. Mas, como bem salienta Raquel Montaner Fernández¹²⁵ não se deve excluir que o administrador possa vir a receber informação por outras fontes, que podem revelar-se igualmente eficazes.

Prosseguindo na análise, já anteriormente superámos o problema do nexos de causalidade entre a omissão e o resultado por recurso à aplicação da teoria da conexão do risco.

¹²³ De mencionar que, como nos alude GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 182, a mera omissão de proceder a uma denúncia face a um crime que já se consumou não é penalmente relevante, é atípica.

¹²⁴ GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal...”, p. 299.

¹²⁵ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner, “El *criminal compliance*...”, p. 768.

Transpondo a teoria em causa para o nosso caso concreto, o *compliance officer*, não pratica a acção adequada a diminuir o risco de dano, que resultou na prática do crime¹²⁶. Invoca-se o facto de o *compliance officer* não poder decidir sobre o curso a dar à denúncia que recebe, uma vez que o próprio não possui poderes executivos no seio da empresa¹²⁷. O *compliance officer* só dispõe de poderes de iniciativa e de controlo, não possui poderes de decisão que possam mudar o rumo de actuação da empresa.

Para além disto, não podemos pressupor que o órgão de administração, após o recebimento da denúncia, vai adoptar as diligências necessárias. A dificuldade de prova pesa na incerteza de se saber *ex ante* se o administrador, apesar do conhecimento da informação por intermédio do reporte realizado pelo *compliance officer*, vai ou não actuar para diminuir a verificação do risco. Basta pensar na hipótese de o órgão de administração estar ele mesmo envolvido na prática do delito em questão, como já mencionámos anteriormente. O reporte realizado pelo *compliance officer* não permitiria assim evitar a verificação do resultado. Desta forma, questiona-se de que modo é que a figura em causa teria capacidade para diminuir o risco de verificação do resultado, uma vez que a decisão final sobre o seguimento a dar à denúncia depende do órgão de administração.

Não obstante tudo o que foi dito previamente, a recente Directiva (UE) 2019/1937 obriga a uma nova reflexão do que acabou de se expor relativamente à imputação objectiva. Esta Directiva (UE) 2019/1937 veio determinar a necessidade de criação obrigatória de canais de denúncia internos a operar dentro das empresas. O controlo constante que incumbe ao *compliance officer* em razão do risco constante da actividade empresarial, tem como consequência que seja o próprio o responsável pela gestão do canal de denúncias. Assim, será o *compliance officer* a receber as queixas, suspeitas ou mesmo indícios de delitos cometidos dentro da empresa e a pessoa que vai determinar o seguimento das mesmas. Por conseguinte, o *compliance officer* tem o contacto directo com situações com potencial relevância penal a ocorrer dentro da empresa. A partir do momento em que se torna obrigatória a criação de um canal de denúncias interno, com

¹²⁶ GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal...”, p. 298; no mesmo sentido, CASTRILLO, Eduardo de, “La responsabilidad penal del “*compliance officer*”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 211.

¹²⁷ GOMÉZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *Compliance officer* y otros garantes en la empresa”, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 843, mayo 2012, p. 6. O autor BUSATO, Paulo César, “O que não se diz...”, p. 41, refere que “*Se de algum modo, se lhes atribui deveres de decisão este já não é mais um compliance officer, mas sim um gestor com funções cumuladas que pertencem àquele.*”

capacidade para receber todo o tipo de denúncias de actividades ilícitas a ocorrer dentro da empresa, e com capacidade para decidir sobre o seguimento a dar às mesmas, considerando que a gestão desse canal de denúncias pertence ao *compliance officer*, seria natural concluir que, perante a circunstância especial da denúncia implicar indícios ou suspeitas da prática de crimes pelo órgão de administração, ele poderia não se limitar a realizar o reporte à administração da empresa, mas sim às autoridades competentes superando-se assim o problema da imputação objectiva. O problema é ultrapassado na medida em que a denúncia realizada junto das autoridades competentes seria uma acção adequada a diminuir o risco de verificação do resultado. Mas, não nos podemos olvidar da já alegada fraca independência e autonomia do *compliance officer* no seio empresarial que enfraquece, por medo de represálias, e porventura perda do respectivo posto de trabalho, a coragem de realizar a denúncia externa nestes casos particulares.

Objectivamente, o *compliance officer* é um funcionário que actua somente no sector privado e o dever de reporte só existe perante a administração da empresa onde exerce as suas funções¹²⁸. O profissional em questão não é obrigado a denunciar as práticas ilícitas empresariais junto das autoridades competentes e não pode ser penalizado se não o fizer. Entende-se que o *compliance officer* não se pode converter, nas palavras de Paulo de Sousa Mendes, numa “(...) *longa manus da Justiça*”¹²⁹.

Porém, a recente Directiva (UE) 2019/1937 assegura linhas de reporte seguras, condições apropriadas para se proceder a denúncias anónimas e, em caso de necessidade dispõe de um leque de medidas contra actos de retaliação que incidam sobre o denunciante¹³⁰. Esta nova legislação, apesar de facilitar a denúncia nas situações em que haja constrangimentos por parte do *compliance officer* para a realizar, não vem de modo nenhum alterar as conclusões que tecemos *supra*, já que não há uma obrigatoriedade de denúncia nem uma posição de garante que o obrigue a evitar a verificação do resultado.

Continuando, a conclusão a que chegámos defende a exclusão da responsabilidade penal do *compliance officer* por crime comissivo por omissão, com base no pressuposto de que não versa sobre ele qualquer posição de garante de agir com o intuito de evitar a

¹²⁸ MENDES, Paulo de Sousa, “A problemática da punição...”, p. 146.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 146.

¹³⁰ *Vide* o art. 19.º, e ss. da Directiva (UE) 2019/1937.

verificação do resultado. Se o *compliance officer* receber informação de que um crime está em vias de se consumar na empresa ou está efectivamente a ocorrer em dado momento e proceder ao reporte junto do órgão de administração e se este órgão nada fizer para reprimir o crime com a informação recebida, não temos como imputar o crime em causa ao *compliance officer* na qualidade de autor¹³¹. Nesta situação, o *compliance officer* cumpriu com todos os seus deveres não sendo sua a função de erradicar o crime em questão.

Como já mencionámos em momento anterior, com a delegação não se transfere o domínio sobre a causa do resultado. Este domínio permanece na pessoa do administrador que, se nada fizer com a denúncia recebida, poderá vir a ser responsável como autor do crime. O *compliance officer* recebe apenas funções de vigilância, sendo que essas funções passam invariavelmente por controlar e denunciar à administração a suspeita ou situações delituosas que sejam do seu conhecimento e que estejam a verificar-se na empresa. Se cumpre a sua função, como não lhe corresponde nenhuma posição jurídica de evitar a prática do crime, não deve ser responsabilizado.

Ainda assim, estas considerações não permitem que não se pondere uma responsabilidade penal do *compliance officer* já não como autor do crime, mas como cúmplice do mesmo.

Se a empresa se encontra munida de um canal de denúncias centralizado no departamento de *compliance* e o *compliance officer*, depois de receber informações relativas à suspeita ou ao indício de actividades ilícitas a decorrer dentro da empresa não as reporta, bloqueando-as ou, em relação às suspeitas, decide não as investigar, ele está a agir através da ocultação de provas relevantes e age permitindo o continuamento delictivo por parte do autor¹³². Porquanto o *compliance officer* não está a cumprir com as suas funções de vigilância, mais concretamente com o dever de denúncia de práticas

¹³¹ Como bem ensina DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 971, nos crimes comissivos por omissão, autor “(...) é aquele que detinha a possibilidade fática de intervenção no (e de domínio do) acontecimento e, apesar de sobre ele recair um dever jurídico de acção (dever de garante), não fez uso de tal possibilidade.”

¹³² GOMÉZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *Compliance officer* y otros garantes en la empresa”, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 843, mayo 2012, p. 6.

delituosas na empresa, é possível que se considere que o mesmo foi partícipe na prática do crime¹³³.

Não obstante o *compliance officer* não possuir uma posição de garante, não lhe sendo exigível que evite o resultado em si, a sua actuação de ocultação ou de ausência de denúncia de potenciais crimes ao órgão de administração acaba por ter como consequência que, não de uma forma directa mas sim indirecta, não se evite o resultado. Como declara Figueiredo Dias¹³⁴, o auxílio prestado pelo cúmplice pode-se limitar a aumentar as probabilidades de verificação da realização típica.

Uma dificuldade que, dependendo do caso, se pode manifestar na cumplicidade, reside no facto da imputação subjectiva do crime ao *compliance officer* ser de difícil prova. O Código Penal não estabelece, por exemplo, que o crime de branqueamento de capitais (art. 368.º - A do CP) ou os crimes de corrupção (arts. 372.º, 373.º e 374.º, do CP) possam ser praticados a título de mera negligência¹³⁵.

Logo, para responsabilizar penalmente o *compliance officer* pela prática destes crimes é necessário fazer prova da verificação do dolo. Neste contexto, Marta Felino de Rodrigues adverte que devemos olhar para o dolo do agente nos crimes comissivos por omissão sob o prisma da “*consciência do autor sobre o seu omitir e sobre a sua capacidade de agir para impedir o evento*”¹³⁶. Como estamos perante crimes de resultado o omitente tem que prever a verificação do resultado¹³⁷.

Emerge ainda outro obstáculo à responsabilização penal do *compliance officer* como cúmplice. O *non facere* do omitente, neste caso concreto (o incumprimento de deveres de vigilância e controlo), só pode ser relevante se traduzir um crime de mera actividade, um crime de omissão puro que, como já sabemos só pode ser praticado por via de previsão legal. A grande maioria dos crimes empresariais são crimes de resultado. Vejamos o exemplo do crime de branqueamento de capitais. O auxílio ou a facilitação dos resultados

¹³³ SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin, “Salvar al Oficial Ryan...”, p. 332.

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 836; o Penalista reconhece que o auxílio do participante acontece “(...) não com o autor do facto, mas no facto do autor, quer o ilícito de participação derive do ilícito do facto do autor, quer aquele se considere autónomo perante este.”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 825.

¹³⁵ Como sabemos, um tipo legal de crime só pode ser praticado a título de negligência nos casos especialmente previstos na lei (art. 13.º do CP).

¹³⁶ RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da...*, p. 43.

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 957.

do branqueamento são crimes de mera actividade, e a respectiva imputação depende da comissão por omissão do crime de branqueamento¹³⁸.

E, ademais, de modo geral, no nosso Código Penal as normas omissivas próprias não permitem imputar a responsabilidade penal ao agente pelo não cumprimento de deveres genéricos de vigilância e controlo¹³⁹.

Concluindo, face às circunstâncias expostas, defendemos que não pode ser imputado ao *compliance officer* um crime comissivo por omissão, nem como autor nem como cúmplice.

Ao colocar de parte estas hipóteses, seguidamente elencamos determinados casos especiais, em que, possivelmente, o recurso aos crimes omissivos puros ou próprios poderá permitir responsabilizar penalmente o *compliance officer* em certas situações.

Já sabemos que o *compliance officer* não possui uma posição de garante que lhe obrigue a evitar a verificação do resultado, e sendo assim, não lhe é possível imputar a prática de crimes comissivos por omissão. Isto significará que o *compliance officer* nunca tem responsabilidade penal quando equacionamos a prática de crimes omissivos? Será possível imputar responsabilidade penal ao *compliance officer*, ainda que por via diversa da comissão por omissão?

2.8. Casos especiais de responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão

2.8.1. As investigações rotineiras

As diligências ou investigações dizem respeito à rotina de trabalho do *compliance officer*. Nestas investigações rotineiras não há qualquer indício da prática de um crime, logo o seu incumprimento só poderá valer no âmbito do Direito do Trabalho.

Neste domínio, se o *compliance officer* não demonstra a vontade, não representando o dolo típico de omitir uma investigação ou uma denúncia que descobre à custa das suas actividades rotineiras, não há lugar a responsabilidade penal, pois não

¹³⁸ COSTA, José Neves da, “A responsabilidade penal...”, p. 310.

¹³⁹ GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal...”, p. 291, entende que existe uma possibilidade no Código Penal de imputar a responsabilidade penal pela ausência de deveres gerais de vigilância e controlo por parte do *compliance officer* através do art. 200.º do CP, por omissão de auxílio.

podemos punir o *compliance officer* se este não tinha conhecimento da prática da conduta dolosa na empresa.

A situação já será diferente se o *compliance officer* não realizar uma investigação de rotina com o propósito de não interromper uma actividade ilícita que está a ocorrer e que é do seu conhecimento¹⁴⁰. A conduta a adoptar neste caso seria a de avisar a administração da empresa para que, por via dos seus poderes decisórios, este órgão tomasse as medidas que considerasse necessárias. Ao adoptarmos os ensinamentos de Schünemann no que concerne à teoria do domínio, visto que o administrador é detentor do poder de mando sobre a actividade dos subordinados, caberia perguntar se não lhe seria imposto um dever de controlo das actuações dos seus subordinados. Neste plano, novamente, o não interromper da actividade ilícita com manifestação da vontade só poderia dar origem à responsabilização penal do *compliance officer* como cúmplice. Estamos novamente perante um crime omissivo puro e de mera actividade. Na medida em que não há qualquer previsão legal que albergue este tipo de situações em concreto, não estamos perante uma conduta típica.

2.8.2. A defeituosa implementação do programa de *compliance*

Discute-se se a implementação do *compliance* está nas mãos do *compliance officer* exclusivamente ou se é uma função reservada ao órgão de administração¹⁴¹.

Seria de supor que, sendo o *compliance officer* o chefe do departamento de *compliance* o mesmo estivesse encarregue da total implementação do programa de controlo interno.

Para Juan Velasco Perdigones “*A responsabilidade de desenhar e implementar um modelo de prevenção na empresa, a responsabilidade de pôr em marcha o programa de compliance é uma responsabilidade indelegável do órgão de administração.*” Apesar desta afirmação, de seguida o Autor considera que a administração pode incumbir o *compliance officer* da implementação do *compliance* e, perante tal, a responsabilidade

¹⁴⁰ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 186-187.

¹⁴¹ De referir que no âmbito das entidades financeiras, o art. 4.º n.º 1 do Aviso do BdP nº 5/2008, refere o seguinte: “O órgão de administração é responsável pela implementação e manutenção de um sistema de controlo interno adequado e eficaz (...).”

perante um programa defeituoso transferir-se-ia da administração para o chefe do departamento de *compliance*¹⁴².

Com opinião contrária, surge Víctor Mercedes¹⁴³, ao alegar que não cabe ao *compliance officer* a exclusiva implementação do programa de *compliance*. Se este tem em sua posse poderes de iniciativa e de controlo e não de decisão sobre a actividade da empresa, ele participa somente na implementação do programa de *compliance*. A adopção e a implementação do programa entram no âmbito de competências do órgão de administração, uma vez que é o administrador que está investido com poderes executivos de decisão.

Já Jacobo Dopico Gómez-Aller¹⁴⁴ admite que a criação de todo um programa de *compliance* numa empresa por parte do *compliance officer* pode transpor as suas atribuições, mas é de frisar a volatilidade destas mesmas competências.

Defendemos a tese de que não cabe somente ao *compliance officer* a eficaz implementação do programa de *compliance*. Esta função deve ser repartida com o órgão de administração da empresa. Acrescenta-se que não cabe dentro das atribuições do *compliance officer* a criação do programa. Como exemplo de aproximação legal ao que tecemos, veja-se a Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto¹⁴⁵, ao referir somente as palavras “participar” e “acompanhar” a criação de sistemas e políticas de controlo interno a operar na empresa.

Em virtude do que acabámos de expor, devemos equacionar uma eventual responsabilidade penal do *compliance officer* pela defeituosa implementação do programa de *compliance*¹⁴⁶.

Na hipótese da existência de um programa preventivo que foi adoptado de modo defeituoso e cuja tarefa constava no leque de atribuições do *compliance officer*, a

¹⁴² PERDIGONES, Juan Velasco, “Nociones sobre cuestiones...”, p. 191.

¹⁴³ MERCEDES, Víctor, *La responsabilidad penal de los administradores y del Compliance officer en la última reforma del Código Penal*, 2015. Acedido a 2 de Junho de 2020, em: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-responsabilidad-penal-de-los-administradores-y-del-compliance-officer-en-la-ultima-reforma-del-codigo-penal>

¹⁴⁴ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 180.

¹⁴⁵ Em causa encontra-se o art. 16.º n.º 2 al. a) e b) da Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto.

¹⁴⁶ Poderia equacionar-se igualmente a responsabilidade penal do *compliance officer* pela não implementação de um programa de *compliance*. No entanto, não julgámos relevante proceder à referida análise, tendo em conta que, como sugere GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante...”, p. 180, “Os casos que cabe imaginar são mais de laboratório (...)”.

consequência da sua conduta nunca poderá ser a da responsabilidade penal. Encontramo-nos no caso em apreço em sede de incumprimento laboral, nada mais¹⁴⁷.

A responsabilidade terá de se excluir igualmente se for feita prova de que o programa de *compliance* foi estruturado e adaptado à empresa na qual opera, e se se der também como provado que foi realizado um determinado grau de vigilância e controlo mas que, por falta dos meios necessários para que o programa operasse de modo efectivo, praticou-se uma conduta dolosa. Neste cenário, o programa não foi totalmente eficaz por razões alheias ao *compliance officer*¹⁴⁸. Além de que não encontramos nesta hipótese qualquer vontade do *compliance officer* omitir uma conduta que possa vir a consubstanciar-se como penalmente relevante.

Mesmo perante uma implementação eficaz do programa de *compliance*, este pode revelar-se incapaz de impedir a verificação de um delito praticado no seio da empresa, porque a implementação de um programa de *compliance* não faz com que os riscos emergentes da actividade empresarial desapareçam na sua totalidade.

¹⁴⁷ Neste sentido, BUSATO, Paulo César, “O que não se diz...”, p. 43.

¹⁴⁸ CASTRILLO, Eduardo de, “La responsabilidad penal...”, p. 212.

Conclusão

O estudo do *compliance* e da responsabilidade penal do *compliance officer* demonstrou ser um tema da maior pertinência devido à sua actualidade, decorrente da crescente cultura de cumprimento nas empresas, sustentada pelo *compliance* como modo de prevenção de práticas ilícitas manifestadas na actividade empresarial.

Só recentemente a figura empresarial que decidimos analisar, o *compliance officer*, tem vindo a surgir no panorama empresarial, por via da obrigatoriedade imposta por determinados regulamentos sectoriais em implementar um programa de *compliance*. Observámos que a sua figura não se encontra legalmente definida. A falta de uniformidade do seu leque de funções que varia de empresa para empresa aumenta também a dificuldade em definir a sua responsabilidade penal.

Vimos que um dos pressupostos mais complexos dos crimes comissivos por omissão é a posição de garante de agir para evitar a verificação do resultado por parte do omitente. Concluímos no presente trabalho que existe uma posição de garante do administrador em agir para evitar a verificação do resultado, na medida em que o administrador detém o domínio sobre os elementos perigosos da empresa e o domínio sobre a actuação dos seus subordinados.

Em relação ao *compliance officer*, o ponto de partida para se analisar a sua eventual posição de garante é determinar quais são as suas funções na empresa onde exerce a sua actividade profissional. Entende-se que a sua função primordial será a de proceder ao controlo do cumprimento normativo do programa de *compliance*. Discutiui-se se, por via da delegação, seria equacionável argumentar que o *compliance officer* receberia um novo âmbito de domínio de evitar a verificação de práticas ilícitas na empresa. A posição que se adopta defende que não opera uma transmissão de responsabilidades penais por via da delegação. O administrador delegante transfere para o *compliance officer* delegado somente funções de supervisão e vigilância sob as fontes de perigo e esta incumbência, no nosso ponto de vista, passa por proceder a uma boa gestão do programa de *compliance*, assim como avisar atempadamente e directamente ao órgão de administração das suspeitas ou indícios de condutas dolosas que estejam a desenrolar-se dentro da empresa. Não ocorre por intermédio da delegação, uma

transferência da posição de garante do delegante para o delegado que obrigue este último a impedir a verificação do resultado típico.

Como defendemos, o *compliance officer* não possui uma posição de garante que o obrigue a evitar a verificação do resultado. O *compliance officer* é um profissional que não detém competências decisórias que possam alterar o rumo da actividade empresarial, ou mesmo capacidade para intervir directamente em situações de flagrante delito com o objectivo de pôr fim a práticas criminais. Tais poderes concentram-se no órgão de administração da empresa. O administrador continua a ser o garante originário que detém o domínio sobre a fonte de perigo empresa.

Se o *compliance officer*, ao actuar com dolo, não procedesse à denúncia das actividades ilícitas do seu conhecimento, estaríamos perante uma situação de eventual cumplicidade, que já não se traduziria na prática de um crime comissivo por omissão, pelo que a sua relevância penal ficaria dependente da existência de um tipo omissivo puro ou próprio que podesse prever a conduta correspondente. Contudo, não existe no nosso Código Penal qualquer norma legal que permita estabelecer uma responsabilidade penal do *compliance officer* pela violação de funções de vigilância na empresa, na modalidade de crime omissivo puro.

Apresentámos igualmente hipóteses especiais relacionadas com as funções do *compliance officer*, tendo concluído que não é possível defender a responsabilidade penal desta figura empresarial pela prática de um crime omissivo puro, devido essencialmente à falta de previsão legal exigida para este tipo de crime omissivo.

Face ao exposto, consideramos que não é possível imputar a responsabilidade penal ao *compliance officer* pela prática de crimes comissivos por omissão dentro da empresa. Ao *compliance officer* é-lhe exigido que previna a prática de crimes empresariais, não que os evite.

Destacamos que torna-se extremamente relevante que num futuro próximo se proceda à definição concreta do *compliance officer* e que se determine com precisão o leque de funções e responsabilidades que lhe pertencem dentro da complexa estrutura

empresarial, com o objectivo de atenuar as dúvidas e divergências que se fazem sentir actualmente na determinação da sua responsabilidade penal.

Lista Bibliográfica

ALBERGARIA, Pedro Soares de, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade da empresa” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (Director: Jorge de Figueiredo Dias), ano 9, fasc. 4, Coimbra Editora, Out-Dez 1999.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2015.

ANTONIETTO, Caio / SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo, “*Criminal Compliance*: prevenção e minimização de riscos na gestão da actividade empresarial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, nº 114, 2015.

BARROS, António Coelho, “Sobre os crimes omissivos, em especial o dever de agir nos crimes omissivos impróprios”, in *Revista Jurídica*, nº 2, Lisboa, 1983.

BRITO, Teresa Quintela de, “Relevância dos mecanismos de Compliance na responsabilização penal das Pessoas Colectivas e seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime* nº 0, 2014.

BUSATO, Paulo César, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018.

CARVALHO, Tiago Ponces de, “O “*Compliance officer*” e o regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas na nova lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, in *Vida Judiciária*, nº 203, Porto, Setembro-Outubro 2017.

CASTRILLO, Eduardo de, “La responsabilidad penal del “*compliance officer*”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, Thomson Reuters Aranzadi, nº 4, 2016.

COSTA, José Neves da, “A responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief *Compliance officer* no crime de branqueamento”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018.

DAMIÃO DA CUNHA, José M., “Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português” in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

ESTELLITA, Heloísa, “Responsabilidade por omissão dos membros do conselho de administração”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* ano 28, nº 3, Setembro-Dezembro 2018.

FERNÁNDEZ, Raquel Montaner, “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, Coimbra Editora, 2007.

FORIGO, Camila Rodrigues, “O *criminal compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade económica”, in *Direito Penal Económico – administrativização do Direito Penal, Criminal Compliance e outros temas contemporâneos*, (organização: Fernando Martins Maria Sobrinho), Thoth Editora, 2017.

GERALDO, Tiago, “A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, in *El Derecho Penal en la era Compliance*, Dir. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín, Tirant lo Bach, 2013.

GOMÉZ-ALLER, Jacobo Dopico, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *Compliance officer* y otros garantes en la empresa”, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 843, mayo 2012.

GONÇALVES, Pedro Correia, “A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais”, in *Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas*, ano IX, nº 12, 2009.

LEITE, André Lamas, *As posições de garantia na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra Editora, 2007.

MARTÍN, Adán Nieto, “Los problemas jurídicos del cumplimiento normativo”, in *El Derecho económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, 2013.

MEDEIROS, João / JÚNIOR, Filipa Marques, “A elaboração de programas de compliance”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2ª Edição, 2018.

MENDES, Paulo de Sousa, “A problemática da punição do autobranqueamento – a responsabilidade criminal do oficial de cumprimento”, in *Católica Law Review*, volume I, nº 3, Universidade Católica Editora, nov. 2017.

MENDES, Paulo de Sousa, “Law Enforcement e compliance”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª Edição, Almedina, 2018.

PERDIGONES, Juan Velasco, “Nociones sobre cuestiones civiles y penales controvertidas en la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el *Compliance officer*, transparencia y prevención de la corrupción en las empresas y secreto profesional del abogado y blanqueo de capitales”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, Marzo 2018.

RODRIGUES, Marta Felino, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, Almedina, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico – uma política criminal na era compliance*, Almedina, 2019.

RODRIGUEZ, Laura Zúñiga, “Responsabilidad penal de las empresas – experiencias adquiridas y desafíos futuros”, in *Droit Pénal et diversités culturelles*, Schulthess Éditions Romandes, 2012.

ROXIN, Claus, “Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (traduzido por Alaor Leite; coordenação Heloisa Estellita e Marina Pinhão Coellho), ano 23, Thomson Reuters Jan-Fev 2015.

ROXIN, Claus, “Problemas da causalidade intermediada psiquicamente”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (traduzido por Augusto Assis; coordenação Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita), ano 21, nº 100, janeiro-fevereiro 2013.

ROXIN, Imre, “Responsabilidade do Administrador da empresa por omissão imprópria”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (traduzido por Alaor Leite e Adriano Teixeira; coordenação: Heloisa Estelitta e Marina Pinhão Coelho Araújo), Ano 23, Thomson Reuters Jan-Fev 2015.

SANCHÉZ, Bernardo Feijoo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, in *Revista de Derecho Público*, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, nº 21, 2008.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín, “Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, in *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, (dir. Santiago Mir Puig et al.), Montevideo/ Buenos Aires, Editorial B de F, 2014.

SANTOS, André Teixeira dos, “O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLV nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2004.

SCHÜNNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, in *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. 41, nº 2, 1988.

SIEBER, Ulrich, “Programas de “*Compliance*” en el Derecho Penal de la Empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, In *El derecho penal económico en la era de la compliance*, (Trad. Abanto Vásquez, Arroyo Zapatero, Luis; dir: Adán Nieto Martín), Editorial Tirant Lo Bach, 2013.

SILVA, Germano Marques da, *A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, 2008.

SOUSA, Ricardo Oliveira, “A omissão e o princípio da legalidade”, in *Revista do Ministério Público* nº 129, ano 33, Jan-Mar 2012.

SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, *Boletim da Faculdade de Direito*, STVDIA IVRIDICA 98 V. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

SOUSA, Susana Aires de, *Questões fundamentais do Direito Penal da empresa*, Almedina, 2019.

Webgrafia

BALLERINI, Sebastián A., “*Compliance officer* como garante de control. Breves consideraciones dogmáticas” in *Comisión derecho Penal parte general*. Eje temático: posiciones de garante. Acedido a 2 de Junho de 2020, em: https://www.academia.edu/28802516/Compliance_Officer_como_garante_de_control._Consideraciones_dogmáticas

MERCEDES, Vítor, *La responsabilidad penal de los administradores y del Compliance officer en la última reforma del Código Penal*, 2015, Acedido a 2 de Junho de 2020, em: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-responsabilidad-penal-de-los-administradores-y-del-compliance-officer-en-la-ultima-reforma-del-codigo-penal>