

PHILIPPE ALVES DO NASCIMENTO

**O PAPEL DO *COMPLIANCE OFFICER* E A RELEVÂNCIA PENAL DA
OMISSÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Doutora Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

PHILIPPE ALVES DO NASCIMENTO

**O PAPEL DO *COMPLIANCE OFFICER* E A RELEVÂNCIA PENAL DA
OMISSÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Associada Doutora Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

Catálogo da Publicação

Nascimento, Philippe Alves do

O papel do *compliance officer* e a relevância penal da omissão / Philippe Alves do Nascimento. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2018.

348f. + anexos.

Orientadora: Professora Associada Doutora Helena Regina Lobo da Costa.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2018.

1. *Compliance officer*. 2. Omissão. 3. 4. I. Costa, Helena Regina Lobo da. II. Título.

CDU

BANCA EXAMINADORA

*Dedico esse trabalho aos meus pais, Katia e Airton,
como forma de singelo agradecimento por tudo que fizeram por mim,
e por meus irmãos, ontem, hoje e sempre.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, profundamente, minha orientadora, Professora Helena Regina Lobo da Costa, por ter me acolhido como orientando, mas não apenas por abrir as portas dessa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e, sim, principalmente, pela experiência acadêmica vivida durante todo o mestrado, dividindo seu conhecimento profundo, e único, das ciências penais. Graças ao voto de confiança em mim depositado, tive o prazer de experimentar os sentimentos trazidos pela prática da docência e da pesquisa, e a realização de ter sido verdadeiramente orientado, ao longo de todo caminho.

Agradeço também aos meus queridos amigos, sócios e eternos professores de vida, e de profissão, José Carlos Dias, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Theo Dias, Maurício de Carvalho Araújo, Elaine Angel e Francisco Pereira de Queiroz. No ano em que já se completa uma década desde que me tornei aluno dessa escola única, apresento esse trabalho como fruto de meu aprendizado diário com todos, agradecendo, especialmente, o apoio, incentivo e companheirismo, incondicional, durante todos esses anos. Igualmente, agradeço ainda aos jovens amigos e companheiros dessa mesma escola, Luiz Guilherme Rahal Pretti e Bruna Sanseverino, pela constante paciência e atenção na discussão dos temas dessa pesquisa.

Ainda dedico especiais agradecimentos à Professora Heloísa Estellita por ter compartilhado sua obra ainda não publicada, a qual foi de especial relevância para responder as diversas questões surgidas ao longo desse estudo. Essa foi apenas mais uma demonstração de sua indiscutível vocação e comprometimento para o ensino do Direito.

Agradeço também aos Professores Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Renato de Mello Jorge Silveira pelas importantes contribuições durante o exame de qualificação.

Por fim, agradeço todos meus amigos e amigas de convivência diária, os quais me suportaram e apoiaram, pacientemente, durante os períodos mais difíceis desse trabalho.

NASCIMENTO, Philippe Alves do. O papel do *compliance officer* e a relevância penal da omissão. 2018. 348f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

O presente estudo investiga a posição jurídica do *compliance officer*, e a relevância penal de sua omissão à luz do artigo 13, § 2º, do Código Penal. Para tanto, buscou-se delimitar os pressupostos jurídico-penais que fundamentam a possibilidade de imputação de um acontecimento típico a título de omissão imprópria, em observância aos princípios orientadores do Direito Penal moderno. A partir da diretriz material do domínio sobre o fundamento do resultado, inicialmente desenvolvida por Bernd Schünemann, torna-se possível fundamentar e delimitar materialmente a posição de garantidor do *compliance officer*, no âmbito de um modelo organizativo de vigilância em *criminal de compliance*. Em regra, o *compliance officer* ocupa posição de garante de vigilância fragmentária sobre a fonte de perigo empresa, a partir da assunção voluntária, lícita e fática de deveres residuais transferidos por delegação do garantidor originário. Tais deveres circunscrevem-se à detecção, investigação e transmissão da informação sobre fatores de riscos penais. A omissão desses deveres pode apresentar relevância penal, quando produzido acontecimento típico não evitado em razão de bloqueio informacional por parte do *compliance officer*, e desde que presentes os demais pressupostos jurídico-penais da omissão imprópria. Porém, por se tratar, na maioria das vezes, de omissões sucessivas, em razão do domínio escalonado sobre a fonte de perigo empresa, haverá dificuldade de imputação do resultado ao *compliance officer*, diante da necessidade de se comprovar que a realização de sua ação devida teria evitado o resultado com grau de segurança próximo aos limites da certeza.

Palavras-chave: *Compliance officer* – Direito Penal econômico – delitos omissivos impróprios – posição de garante – domínio de controle e vigilância sobre uma fonte de perigo – deveres de detecção, investigação e transmissão sobre riscos penais – vantagem informacional – teoria da evitabilidade.

NASCIMENTO, Philippe Alves do. The role of the compliance officer and the criminal relevance of the omission. 2018. 348f. Master's Degree – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

This study analyzes the legal role of the compliance officer, and the criminal relevance of his omission in light of article 13, § 2, of the Brazilian Criminal Code. For that purpose, it was sought to delimit the criminal legal assumptions that support the possibility to attribute a typical event by way of improper omission, in compliance with the guiding principles of modern Brazilian Criminal Law. Starting from the material guideline of the domain on the basis of the result, initially developed by Bernd Schünemann, it is possible to substantiate and materially define the position of guarantor of the compliance officer, within the framework of an organizational model of criminal compliance surveillance. As a rule, the compliance officer holds the position of guarantor of fragmentary surveillance on a company's source of danger, from the voluntary, licit and factual assumption of residual obligations transferred by delegation from the original guarantor. These obligations are limited to the detection, investigation and transmission of information on criminal risk factors. The omission of these obligations is deemed to be of criminal relevance, when the occurrence of a typical event is not prevented due to an informational blockage by the compliance officer, and since other legal and criminal assumptions of the improper omission are present. However, as it is most of the times, successive omissions, due to the scaled domain over the company's source of danger, it will be difficult to attribute the result to the compliance officer, due to the need to prove that the performance of his due action would have prevented the result with a degree of security near to the limits of certainty.

Keywords: *Compliance officer* – Economic Criminal Law – improper omissive crime – role of guarantor – domain of control and surveillance over a source of danger – obligations of detection, investigation and transmission on criminal risks – informational advantage – theory of avoidability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	12
1.1. A tipicidade objetiva da omissão penal	18
1.2. Os critérios diferenciadores da omissão penal	48
1.2.1. O fundamento material da posição de garante	58
1.3. A tipicidade objetiva da omissão imprópria: artigo 13, §2º, do Código Penal	127
1.3.1. Garante em razão lei	151
1.3.2. Garante por assunção	160
1.3.3. Ingerência	165
1.3.4. O artigo 2º da Lei nº 9.605/1998	177
2. COMPLIANCE E COMPLIANCE OFFICER	181
2.1. <i>Compliance</i> como movimento internacional	183
2.2. <i>Compliance</i> e Direito Penal: <i>criminal compliance</i>	199
2.3. O <i>compliance officer</i>	216
2.4. A realidade brasileira	222
3. O PAPEL DO COMPLIANCE OFFICER E A RELEVÂNCIA PENAL DE SUA OMISSÃO	232
3.1. Aportes necessários sobre a empresa como fonte de perigo e de seus dirigentes como garantes	233
3.2. Posição de garante do <i>compliance officer</i>	281
3.2.1. Os acórdãos STF – AP nº 470 e BGH– 5 StR 394/08	283
3.2.3. <i>Compliance officer</i> e deveres de vigilância sobre a fonte de perigo empresa	298
CONCLUSÃO	333
REFERÊNCIAS	340
ANEXOS	348
ANEXO I: Acórdão BGH - 5 StR 394/08	
ANEXO II: Tradução do Acórdão BGH - 5 StR 394/08	

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apresentar um modelo estruturado e racional de análise dogmática para solução de casos envolvendo possíveis omissões do *compliance officer* no âmbito de um modelo organizativo da vigilância penal empresarial em *criminal compliance*.

Em razão dos diversos elementos que compõem a punibilidade penal por omissão imprópria, e das limitações do presente estudo, optou-se por estabelecer um modelo dogmático que se centra na análise de sua tipicidade objetiva. Com isso, foi possível uma análise mais verticalizada sobre os pressupostos jurídico-penais singulares da omissão imprópria, principalmente, o requisito da posição de garante.

Isso não significa, de forma alguma, que a responsabilização penal por omissão imprópria dispensa a presença dos demais elementos da punibilidade. A constatação da tipicidade objetiva é apenas a primeira moldura a ser preenchida para imposição de sanção penal. Para que haja sua punibilidade devem estar presentes todos os elementos da omissão imprópria (tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva, antijuridicidade e culpabilidade).

Assim, a investigação foi dividida em dois grandes blocos teóricos comunicantes, conjugados na parte final do presente estudo para se alcançar uma resposta dogmaticamente segura sobre a problemática proposta.

O primeiro capítulo destina-se ao estudo dogmático da omissão imprópria, tomando-a como realidade existencialmente dada em nosso ordenamento jurídico, conforme extraído do artigo 13, §2º, do Código Penal. Mas, para além de uma investigação meramente codificante e formal, buscou-se perquirir e delimitar os pressupostos jurídico-penais legitimadores e fundamentadores da imputação a título de omissão imprópria.

O primeiro subcapítulo trata, assim, de analisar os elementos comuns que compõem a tipicidade objetiva da omissão penal, seja ela própria ou imprópria. Com isso, a delimitação do que configura a situação típica, a ausência de uma ação esperada e a capacidade de realizar tal ação, foi estabelecida a partir de critérios dogmáticos que melhor se ajustam aos princípios e fins de nosso Direito Penal.

Já o segundo subcapítulo trata de analisar os critérios diferenciadores da omissão penal, os quais, por sua vez, configuram genuinamente a omissão imprópria. Buscou-se,

nesse contexto, principalmente, a fundamentação material das posições de garantidor nos crimes omissivos impróprios. Isso porque a posição de garante – o dever de agir para evitar o resultado – deve fundamentar-se, necessariamente, em considerações ligadas ao Direito Penal. Ao contrário do que muitos manuais de Direito Penal infelizmente apregoam, seu fundamento não se esgota na mera enunciação formal de uma fonte. Deve existir, obrigatoriamente, uma fundamentação material vinculada aos princípios orientadores de nosso Direito Penal.

Para tanto, foram analisadas as principais teorias que buscam fundamentar penalmente os deveres de evitação sobre acontecimentos típicos. Tratou-se de examinar, principalmente, o desenvolvimento e a evolução dogmática da teoria das funções, originalmente formulada por Armin Kaufmann, e sustentada por grande parte da doutrina atual, bem como a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, originalmente desenvolvida por Bernd Schünemann, a qual também apresenta especial relevância dogmática. Ainda foi dedicado espaço para analisar, brevemente, a teoria de Enrique Gimbernat Ordeig e a teoria de Günther Jakobs. A partir de referido exame constata-se que a diretriz material do domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvida por Bernd Schünemann, é a que apresenta melhor capacidade de fundamentação material das posições de garante, em observância aos princípios orientadores do Direito Penal.

Com base nisso, no terceiro subcapítulo do primeiro bloco teórico, foi analisada a tipicidade objetiva do artigo 13, §2º, do Código Penal, com base nos resultados dogmáticos então obtidos, propondo-se a correção valorativa de seus enunciados meramente formais. Adicionalmente, ainda foi examinado o disposto no artigo 2º da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) com base nos mesmos pressupostos jurídico-penais, uma vez que se trata de dispositivo legal que, excepcionalmente, veicularia posições de garante para além do que estabelece o artigo 13, §2º, do Código Penal.

Por sua vez, o segundo capítulo desse estudo trata de analisar as características em torno da organização empresarial em *compliance*, mais especificamente os contornos do que configura o *criminal compliance*, e o papel do *compliance officer*.

O primeiro subcapítulo desse segundo bloco examina o fenômeno do *compliance* como movimento internacional, e de harmonização legislativa mundial, a fim de auxiliar a compreensão em torno de seu estado atual, principalmente, em nosso plano normativo nacional.

Já o subcapítulo seguinte analisa as características do *criminal compliance* como modelo organizativo de vigilância sobre riscos penais decorrentes da atividade empresarial. Além das questões relacionadas à autorregulação empresarial, examina-se o que configura, minimamente, uma organização empresarial em *criminal compliance* efetiva, o *compliance program*, e a própria estruturação orgânica interna desse modelo de vigilância.

O terceiro subcapítulo da segunda parte delimita as características e o papel propriamente dito do *compliance officer* no âmbito de um modelo organizativo de vigilância em *criminal compliance*. A partir dos *standards* mínimos que orientam a efetividade de uma organização em *compliance*, são estabelecidas suas funções fundamentais e seu respectivos deveres, os quais, posteriormente, devem ser levados em consideração para análise de eventual responsabilidade penal por omissão imprópria.

No fechamento do segundo bloco teórico, é analisado o estado atual das questões relacionadas ao *criminal compliance* em nossa realidade normativa nacional. Para tanto, examina-se, brevemente, a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015.

A partir dos modelos teóricos estabelecidos nos dois primeiros blocos, o terceiro capítulo reúne, por sua vez, a análise da questão central objeto do presente estudo: a responsabilidade penal do *compliance officer* sob o enfoque do artigo 13, §2º, do Código Penal.

Para tanto, foi necessário ainda estabelecer na primeira parte desse capítulo alguns aportes com relação aos dirigentes empresariais como garantidores de vigilância sobre a fonte de perigo empresa. Ainda que esse tema não seja objeto da presente investigação, não é possível analisar a responsabilidade penal do *compliance officer* sem o exame de algumas questões relacionadas.

No subcapítulo seguinte ainda foi realizado outro recorte necessário, o qual tomou como base dois julgamentos paradigmáticos que trataram, ainda que indiretamente, da questão da responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão. Trata-se do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470, e do acórdão proferido pelo Tribunal Federal da Alemanha no caso BGH– 5 StR 394/08. A análise de ambos casos busca extrair alguma capacidade de rendimento para a construção

do modelo dogmático para análise do papel do *compliance officer* à luz da omissão imprópria.

Com base em tudo que estabelecido ao longo da presente investigação, o último subcapítulo analisa, finalmente, a criação da posição jurídica do *compliance officer* no âmbito de um modelo organizativo de vigilância, e relevância penal de sua omissão, nos termos do artigo 13, §2º, do Código Penal.

O último capítulo reúne as conclusões da presente investigação.

CONCLUSÃO

1. A distinção valorativa (normativa) entre as modalidades de omissão penal é uma realidade existencialmente dada em nosso ordenamento jurídico. Trata-se da tradicional denominação dogmática de crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios ou, respectivamente, omissão própria e imprópria.

2. Dentro do espectro dos tipos penais de omissão imprópria, há, ainda, nova distinção bifronte: omissão imprópria expressamente prevista na parte especial da legislação penal e omissão imprópria que não encontra-se prevista expressamente na parte especial da legislação penal.

3. O segundo grupo engloba omissões que, por força do disposto no artigo 13, § 2º, do Código Penal, são equiparadas à realização comissiva de um tipo penal previsto na legislação penal. São omissões que abarcam o dever de responder, originado nas posições de garante.

4. A tipicidade objetiva da omissão imprópria equiparada à ação é composta pela a) situação típica; b) ausência de uma ação esperada; c) capacidade físico-real de realizar a ação esperada, com base na cognoscibilidade da situação na qual é possível que se atue e dos meios necessários; d) posição de garante; e e) ocorrência de um acontecimento típico e sua imputação objetiva.

5. A situação típica nos crimes omissivos impróprios não previstos expressamente em lei, conforme visto, estabelece a situação que exige a intervenção do garante, aqueles que tem o dever de agir conforme estabelecido pelas alíneas do 13, §2º, do Código Penal. Ela manifesta-se por meio da existência de uma situação de perigo de produção de um resultado típico, não importando qual perigo seja esse. Trata-se de uma fase inicial na qual essa situação de perigo ameaça a ocorrência de um resultado, que ainda pode ser revertido pela ação devida ao garantidor.

6. Configurada a situação típica que ativa o dever de agir estabelecido pelo artigo 13, §2º, do Código Penal, deve se constatar a ausência da ação determinada, a omissão em si. A ausência de ação determinada nos crimes omissivos impróprios deriva daquilo que é necessário para evitar o resultado ameaçado pela situação típica, podendo o garante ter várias alternativas à sua disposição.

7. A capacidade de agir deve ser compreendida como possibilidade físico-real de realizar a ação esperada, a qual deve, sempre, ser analisada no caso concreto. Trata-se não apenas da capacidade de ação corporal para realizar a ação, mas ela também engloba a existência de recursos, aptidões e conhecimentos técnicos para realizar a ação. A possibilidade físico-real de agir ainda deve ser liberada de elementos subjetivos do dolo, como a exigência de conhecimento sobre a situação ou o objetivo da ação que lhe é exigida. Há que se exigir apenas a possibilidade de conhecimento sobre a situação (cognoscibilidade).

8. Por sua vez, a omissão imprópria apenas será penalmente relevante quando o omitente possuir o dever de evitar o resultado, sendo que tal dever apenas é incumbido aos sujeitos estabelecidos nas respectivas alíneas do artigo 13, §2º, do Código Penal. É o sujeito que ocupa uma dessas posições de garante que possui o dever de evitação sobre o resultado.

9. A posição de garante – o dever de agir para evitar o resultado – deve fundamentar-se, necessariamente, em considerações ligadas ao Direito Penal. Dessa forma, seu fundamento não se esgota na mera enunciação formal de uma fonte. Deve haver uma fundamentação material vinculada aos princípios orientadores do Direito Penal.

10. A diretriz material do domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvida inicialmente por Bernd Schünemann, é a que apresenta melhor capacidade de fundamentação material das posições de garante, em observância aos princípios orientadores do Direito Penal. Trata-se de uma condição lógico-objetiva, ou seja, uma realidade social prévia ao próprio Direito Penal, comum à ação e omissão.

11. As posições de garante estabelecidas nas alíneas do artigo 13, §2º, do Código Penal devem, portanto, ser interpretadas sob o critério do domínio sobre a causa ou o fundamento do resultado, que se divide no domínio sobre o desamparo da vítima (garantes de proteção) e no domínio sobre uma causa essencial do resultado (garante de vigilância sobre uma fonte de perigo). Com isso, torna-se possível uma correção valorativa de uma teoria puramente formal estabelecida em nosso Código Penal.

12. Para se cogitar a responsabilização penal do garante em razão da produção de um acontecimento típico não evitado, quando era possível a realização da ação esperada, deve existir uma relação efetiva entre a omissão e o resultado ocorrido. A relação entre o

resultado não evitado e a omissão, porém, não é de causalidade naturalística, mas, sim, de imputação objetiva.

13. Por meio do *compliance*, busca-se desenvolver, implementar e manter um ambiente empresarial de prevenção de prejuízos (riscos) materiais e imateriais (reputacionais) por meio da conformidade. Essa conformidade deve relacionar-se a todos os riscos que podem advir da atividade empresarial própria como, por exemplo, aqueles originados do descumprimento da legislação tributária, previdenciária, trabalhista, concorrencial, etc. Não se trata, porém, apenas de conformidade sobre normas no sentido legal estrito, como também aquelas originadas no âmbito interno das empresas (autorregulação). Assim, independentemente de haver previsão expressa na legislação trabalhista ou não, nada impede, por exemplo, que a empresa se autorregule a fim de estabelecer *standards* ou imperativos que tenham por objetivo evitar condutas de seus funcionários que causem.

14. Com o *criminal compliance* a organização empresarial busca estabelecer um modelo organizativo de vigilância interna, por meio da autorregulação, que minimize ou evite riscos decorrentes da violação de normas penais em sua atividade econômica. A partir de uma análise jurídica de todas as relações pertinentes à atividade da empresa, criam-se mecanismos de antecipação do risco penal.

15. O *criminal compliance*, portanto, se ocupa de uma questão de responsabilidade empresarial, no caso, das medidas que a direção empresarial, sob o marco de seu dever de supervisão, deve adotar para evitar a infração de deveres jurídico-penais por parte de seus membros.

16. O *compliance officer* (ou encarregado de cumprimento), em termos gerais, é o responsável pela organização em *compliance* no âmbito de uma empresa. Além disso, conforme visto, em regra, o *compliance officer* não possui poderes executivos de direção, atuando apenas justamente por meio de delegação dos órgãos diretivos. A vigilância do *compliance officer* não se limita apenas sobre práticas ilícitas penais, mas alcança todas aquelas que façam parte dos objetivos estabelecidos pela organização, incluindo, por exemplo, infrações éticas de seus membros contra a própria empresa ou mesmo contra terceiros externos a ela. Todas as áreas da empresa estão submetidas à função do *compliance officer*.

17. Em se tratando da adoção de um modelo organizativo da vigilância empresarial em *criminal compliance*, o *compliance officer* torna-se o responsável por configurar, implementar e monitorar (gerir) a organização em *compliance* da empresa sob o enfoque da prevenção, diminuição e evitação de riscos penais. Assim, se afirma, inclusive, que o *compliance officer* integra uma nova casta de *gatekeepers* internos.

18. Havendo a configuração e implementação de uma organização em (*criminal*) *compliance*, ao *compliance officer* incumbirá dois deveres funcionais fundamentais.

19. Em primeiro lugar, deve o *compliance officer* exercer a correta vigilância (monitoramento e controle) sobre a conformidade ao Direito (Penal) nas diversas camadas da empresa. Trata-se de funções de detecção e investigação do risco penal, as quais devem ser realizadas por meio dos mecanismos internos implementados e geridos no âmbito da empresa em grau de efetividade.

20. Em segundo lugar, se na realização de seus deveres de vigilância, o encarregado toma conhecimento, identifica a existência de um risco penal (desconformidade), deve ele transmitir a irregularidade ao órgão competente para sua correção.

21. Com isso, observa-se que o *compliance officer* é um encarregado da vigilância (parcial) sobre a fonte de perigo empresa. Ele assume, por meio de delegação do garante originário sobre a fonte de perigo, os deveres de vigilância (supervisão), compostos pela detecção, investigação e transmissão do risco penal, que este último reteve ao criar estruturas verticais de responsabilidade em seu âmbito de auto-organização.

22. É a delegação dos deveres de vigilância residuais do dirigente que cria a posição jurídica do *compliance officer* dentro da estrutura empresarial. Assim, o *compliance officer* não assume integralmente a posição de garantidor de controle ou vigilância por delegação do órgão competente, de modo que o conteúdo da nova posição *transferida* é composto apenas pelos deveres especificamente delegados. O assumido pelo *compliance officer* constitui somente uma parte da posição de garantidor, no caso, o dever de vigiar, investigar e transmitir informação ao órgão superior, este sim autêntico competente para evitação dos delitos na empresa.

23. A partir de então, *compliance officer* passa a exercer papel essencial no modelo organizativo de vigilância estabelecido para o controle da fonte de perigo empresa com base nos deveres assumidos faticamente.

24. O cumprimento dessa tarefa de obtenção de informação (supervisão) por parte do *compliance officer*, no âmbito do modelo organizativo de vigilância penal estabelecido, faz com que este controle a atuação do garantidor originário, incumbido de intervir para evitar acontecimentos típicos. Isso decorre de sua vantagem informacional.

25. É com base na assunção fática desse domínio (controle) parcial sobre a fonte de perigo empresa, pela via da detecção, investigação e transmissão da informação, que interfere na capacidade de evitação de resultados típicos por parte do garantidor originário (causa essencial do resultado), que fundamenta materialmente a posição de garantidor do *compliance officer* com base no artigo 13, § 2º, alínea “b” do Código Penal.

26. Em se tratando de *criminal compliance*, isso significa que o *compliance officer* terá a incumbência de monitorar o cumprimento (conformidade) de normas penais, a partir dos mecanismos estabelecidos no modelo organizativo de vigilância, bem como deverá investigar a desconformidade penal no âmbito da fonte de perigo vigiada.

27. Esse dever de vigilância parcial tem por finalidade que o *compliance officer* obtenha o conhecimento sobre as situações de perigo para bens jurídicos decorrente de fatores de risco originados pela fonte de perigo empresa, que, por sua vez, deve possibilitar ao garantidor originário a intervenção para a evitação do acontecimento típico, uma vez que ele permanece com deveres residuais de supervisão passiva.

28. O *compliance officer*, como delegado de vigilância, deve gerir os meios de controle estabelecidos no *compliance program* para obtenção do conhecimento sobre as situações de perigo para bens jurídicos originados pela fonte de perigo empresa.

29. É possível que a omissão de deveres de detecção e investigação sobre o risco penal adquira relevância penal, caso referida omissão impossibilite a não obtenção de conhecimento sobre determinada situação de perigo para o bem jurídico, vindo a se produzir um acontecimento típico que não pôde ser evitado pelo garante originário, justamente por omissão desse dever do *compliance officer*.

30. Ao omitir a detecção e investigação do risco penal, quando era físico-realmente possível fazê-lo, o *compliance officer* omite a realização da ação devida para a evitação do resultado típico, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal. Tal omissão impede o exercício do dever de intervenção do garantidor originário, que deveria ter sido possibilitado pelo cumprimento do dever de supervisão (fragmentário) do *compliance officer*.

31. Por sua vez, caso no exercício de suas funções de obter conhecimento a respeito da conformidade ao Direito (Penal) na empresa, o *compliance officer* adquiere informação sobre uma irregularidade, um risco penal, criado por um membro da empresa, tem ele o dever de transmitir a informação ao superior responsável pela fonte de perigo, para sua correção. A vantagem informacional do *compliance officer* o coloca em posição relevante para o devido controle da fonte de perigo empresa por parte de seus responsáveis, que seguem ostentando deveres de vigilância passiva (residual) para evitação de danos a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade.

32. Ao não transmitir a informação, o *compliance officer* estaria impedindo o exercício do dever de intervir do garantidor originário, o qual deveria ser possibilitado, justamente, pelo conhecimento de uma situação de perigo para bens jurídicos obtido por meio desse modelo organizativo de vigilância implementado (*criminal compliance*). A omissão dessa medida possível e necessária, por parte do *compliance officer*, interfere na adoção das medidas possíveis e necessárias por parte daquele que deve intervir para evitar a ocorrência do acontecimento típico.

33. A informação de conhecimento do *compliance officer*, a qual ele deve transmitir, ainda deve guardar relação com o risco penal objeto de vigilância especificamente delegada ao garante. Conforme visto, os fatores de risco penal devem ter “referência à empresa”, e, por se tratar de posição de garantidor assumida faticamente por delegação, os deveres de transmissão sobre informações penais relevantes referentes à atividade da empresa, ainda devem observar possíveis limites concretamente delimitados na delegação.

34. Uma vez transmitida a informação devida ao responsável para correção da situação típica, o *compliance officer* cumpre com seus deveres penais de vigilância, não havendo que se falar em qualquer responsabilidade residual. O mesmo ocorre ainda que o garante originário tome conhecimento da informação transmitida e omita sua correção, vindo a se produzir o acontecimento típico gerado pela fonte de perigo empresa.

35. O cumprimento desses deveres fragmentários é essencial para o correto desempenho da competência das funções do garantidor originário (intervenção para evitação de acontecimentos típicos). Assim, reconhece-se uma posição juridicamente privilegiada do *compliance officer* por conta da vantagem informacional por ele adquirida. O *compliance officer* exerce, portanto, papel essencial no modelo organizativo de vigilância estabelecido para o controle da fonte de perigo empresa.

37. Ainda que seja possível afirmar a posição de garantidor do *compliance officer*, e a capacidade físico-real de realizar a ação devida diante da cognoscibilidade de uma situação típica, sua responsabilidade penal esbarra em óbice relevante, ainda sob o enfoque da tipicidade objetiva: trata-se do juízo de causalidade e de imputação do resultado.

39. De acordo com a teoria da evitabilidade, para existir a imputação objetiva da omissão imprópria é necessário se constatar que a realização da ação determinada teria evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. A exigência de uma segura evitação do resultado na teoria da evitabilidade é imposta pelo princípio do *in dubio pro reo*.

40. Isso significa que, ao invés de se suprimir a ação realizada para averiguar se, com isso, desaparece o resultado típico, deve ser acrescentada hipoteticamente a ação esperada para se concluir se ela teria evitado o resultado típico com probabilidade próxima da segurança ou certeza.

41. Assim, para se cogitar a possibilidade de imputação penal do acontecimento típico ao *compliance officer*, com base na teoria da evitabilidade, será necessário constatar que a detecção, investigação e a transmissão da respectiva informação ao órgão competente para interceder sobre o subordinado teria impedido o resultado com probabilidade próxima da certeza.

42. Portanto, mesmo ocupando posição de garantidor de vigilância fragmentária, assumida faticamente, e fundamentada materialmente a partir do artigo 13, § 2º, alínea “b” do Código Penal, observa-se que a omissão de deveres do *compliance officer* apenas será penalmente relevante, sob o enfoque da tipicidade objetiva, quando possível constatar que a realização da ação esperada, quando físico-realmente possível, teria evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza.

REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO, Luis. Armonización internacional del derecho penal. Hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI; José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (Eds.). *Armonización penal en Europa*. European Inklings, 2013. p. 14-21.

_____. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.

_____; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011. (Monografías Aranzadi de Derecho Penal).

_____. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BERMEJO, Mateo; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral I*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La prevención del blanqueo de capitales. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. València: Tirant lo Blanch, 2015.

BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. 2015. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 280, 2016.

COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

DEFENSE INDUSTRY INITIATIVE (DII). *About DII*. Disponível em: <<https://www.dii.org/about/about-dii>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

DE LA CUESTA ARZAMENDI; José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (Eds.). *Armonización penal en Europa*. European Inklings, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich (Dirs.). *Los caminos de la armonización penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista de Tribunais, 2007. t. 1.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encerregados de cumprimento*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloísa (Coord.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 106, jan./fev. 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

GONZÁLES DE LEÓN BERINI, Arturo. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal: pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNANDÉZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

_____. El criminal compliance em la reforma norteamericana de la dodd-frank act. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNANDÉZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o princípio da autorresponsabilidade. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução espanhola: Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*. Tradução espanhola: Luis Carlos Rey Sanfiz; Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2000.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-HOC, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Tradução española: José Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Tradução espanhola: Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KPMG, *Pesquisa de maturidade do compliance no Brasil*. 2. ed. 2017. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2017/01/br-kpmg-pesquisa-maturidade-2a-edicao.pdf>>.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51-77.

_____; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La delegación como mecanismo de prevención y generación de deberes penales*. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015. p. 166-185.

_____. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015. p. 272-303.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de direito penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

MONTANER FERNANDEZ, Raquel. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

NIETO MÁRTIN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valência, n. 19, p. 120-131, 2007.

_____. La corrupción en el comercio internacional (o de como da americanización del derecho penal puede tener vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, Valência, no. 12, 2003, p. 3-26, 2003.

_____. El cumplimiento normativo. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. La institucionalización del sistema de cumplimiento. In: NIETO MÁRTIN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; GÁRCIA MORENO, Beatriz (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. 2016. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societas delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 263-281.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PIETH, Mark. Los actores del cambio. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich (Dir.). *Los caminos de la armonización penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2009. p. 461-480.

PIETH, Mark. La armonización del Derecho Penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich (Dirs.). *Los caminos de la armonización penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2009. p. 293-330.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A lei dos crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121-127, jan./mar. 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. O “compliance officer” frente ao direito penal. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal económico*. Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 245-260. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 6).

_____. *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal económico*. Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 6).

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *InDret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 1, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: especiales formas de aparición del delito*. 1. ed. Tradução espanhola: Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014. t. 2.

_____. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Tradução espanhola: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. t. 1.

_____. Injerencia y imputación objetiva. *Revista Penal*, n. 19, p. 152-161, 2007. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/311/302>>.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 321–339, maio/jun. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 2, p. 529-558, 1988.

_____. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Trad. de M. Sacher. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, p. 29-62, 2005.

_____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho Penal*. Tradução espanhola: Joaquín, Cuello Contreras; José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coords.). *Estudios penales en homenaje a Enrique XLV Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008. v. 2.

_____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *ADPCP*, v. 55, p. 9-38, 2002.

_____. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión em Alemania. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 1.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caso. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos. In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.

SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille; PIETH, Mark; SIEBER, Ulrich (Dirs.). *Los caminos de la armonización penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2009. p. 481-526.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTINZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer S.L., 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Col. Ciência Criminal Contemporânea, v. 5).

_____. (Coord.). *Crônicas franciscanas do mensalão*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 25, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado em el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

THE UNITED STATES. Department of Justice. *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*. Dec. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>>.

U.S. SENTENCING COMMISSION. *1991 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/guidelines/archive/1991-federal-sentencing-guidelines-manual>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

VOGEL, Joachim. Derecho penal y globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 9, p. 113-126, 2005.

ANEXOS

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : ja

Veröffentlichung : ja

StGB § 13 Abs. 1

Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine Garantenpflicht treffen, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden.

BGH, Urteil vom 17. Juli 2009

– 5 StR 394/08

LG Berlin –



5 StR 394/08

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 17. Juli 2009
in der Strafsache
gegen

wegen Beihilfe zum Betrug

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Hauptverhandlung vom 16. und 17. Juli 2009, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dr. Raum,
Richter Dr. Brause,
Richterin Dr. Schneider,
Richter Dölp

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin

als Verteidigerin,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

am 17. Juli 2009 für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten W. gegen das Urteil des
Landgerichts Berlin vom 3. März 2008 wird verworfen.

Der Angeklagte W. trägt die Kosten seines Rechtsmit-
tels.

– Von Rechts wegen –

Gründe

1 Das Landgericht hat den Angeklagten W. wegen Beihilfe (durch
Unterlassen) zum Betrug zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt
und angeordnet, dass als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer
20 Tagessätze als vollstreckt gelten. Die umfassend eingelegte und mit for-
mellen und materiellen Beanstandungen geführte Revision dieses Angeklag-
ten bleibt erfolglos.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getrof-
fen:

3 1. Der Angeklagte war seit 1989 als Volljurist bei den Berliner Stadt-
reinigungsbetrieben (im Folgenden: BSR) tätig und seit Anfang 1998 Leiter
des Stabsbereichs Gremienbetreuung sowie Leiter der Rechtsabteilung. Zwi-
schen 2000 und Ende 2002 war ihm zudem die Innenrevision unterstellt. Der
BSR, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, oblag in ihrem hoheitlichen Be-

reich die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Die Rechtsverhältnisse waren zwar privatrechtlich ausgestaltet; für die Bestimmung der Entgelte galten jedoch das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip als öffentlich-rechtliche Grundsätze der Gebührenbemessung.

4 Nach den Regelungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes hatten die Anlieger 75 % der angefallenen Kosten für die Straßenreinigung zu tragen; 25 % der Kosten verblieben beim Land Berlin (§ 7 Abs. 1). Die Aufwendungen der Reinigung für Straßen ohne Anlieger musste das Land Berlin im vollen Umfang tragen (§ 7 Abs. 6). Die Entgelte, die sich nach der Häufigkeit der Reinigung in vier Tarifklassen unterteilten, wurden für den Tarifzeitraum auf der Grundlage einer Prognose der voraussichtlichen Aufwendungen festgesetzt. Die von Vorstand und Aufsichtsrat zu verabschiedende Tarifbestimmung wurde durch eine Projektgruppe „Tarifkalkulation“ vorbereitet, die der Angeklagte W. leitete. Infolge eines Versehens wurden bei der Berechnung der Entgelte der Tarifperiode 1999/2000 auch die Kosten für die Straßen zu 75 % einbezogen, für die es keine Anlieger gab; diese hätte das Land Berlin vollständig tragen müssen. Der Berechnungsfehler wurde in der Folgezeit bemerkt, aber nicht korrigiert.

5 Für die Tarifperiode 2001/2002, den Tatzeitraum, wurde vom Gesamtvorstand der BSR eine neue Projektgruppe eingesetzt. Dieser gehörte der Angeklagte W. nicht mehr an. Sie wurde von dem früheren Mitangeklagten H. geleitet, der im Stabsbereich tätig und dem Angeklagten W. unmittelbar unterstellt war. Der Angeklagte W. nahm selbst unregelmäßig an den Sitzungen der neuen Projektgruppe teil, die zunächst den Rechnungsfehler aus der vergangenen Tarifperiode beheben wollte. Auf Weisung des früheren Mitangeklagten G. wurde dies jedoch unterlassen. Der Tarif, in dessen Berechnungsgrundlage auch die anliegerfreien Straßen einbezogen worden waren, wurde vom Vorstand und Aufsichtsrat der BSR gebilligt, wobei jeweils die Tarife erläutert wurden, ohne jedoch die

Entscheidungsträger auf die Einbeziehung der anliegerfreien Straßen hinzuweisen. Der Angeklagte W. , der um den Berechnungsfehler wusste, war bei der Sitzung des Gesamtvorstands nicht anwesend. Bei der Sitzung des Aufsichtsrats führte er zwar Protokoll; eine weitere Beteiligung seinerseits konnte das Landgericht jedoch nicht feststellen. Der Angeklagte W.

unterrichtete auch in der Folgezeit weder seinen unmittelbaren Vorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden D. , noch ein Mitglied des Aufsichtsrats. Die Senatsverwaltung genehmigte den Tarif. Dabei verpflichtete sie die BSR allerdings im Wege einer Auflage zu einer Nachkalkulation. Auf der Grundlage des genehmigten Tarifs wurden von den Eigentümern der Anliegergrundstücke um insgesamt 23 Mio. Euro überhöhte Entgelte verlangt, die auch überwiegend bezahlt wurden.

- 6 2. Das Landgericht hat das Verhalten des vormaligen Mitangeklagten G. im Blick auf die gesamte Tarifperiode 2001/2002 als (einheitlichen) Betrug in mittelbarer Täterschaft gewertet. Der Angeklagte W. habe hierzu Beihilfe geleistet. Ein aktives Handeln des Angeklagten W. , dem die falsche Tarifberechnung bekannt gewesen sei, lasse sich nicht zweifelsfrei feststellen. Er habe sich jedoch der Beihilfe durch Unterlassen schuldig gemacht. Eine Garantenstellung im Sinne des § 13 StGB ergebe sich daraus, dass er als Leiter der Tarifkommission den Bewertungsfehler in der vorigen Periode zu vertreten habe und dessen Behebung in der folgenden Tarifperiode hätte veranlassen müssen. Zudem komme ihm als Leiter der Innenrevision eine Garantenstellung zu. In dieser Eigenschaft, zumal als Bediensteter einer Anstalt des öffentlichen Rechts, sei er nämlich verpflichtet, die Einhaltung der gesetzlichen Regeln auch zum Schutz der Entgeltschuldner sicherzustellen. Da sich der Angeklagte W. dem Handeln des früheren Mitangeklagten G. untergeordnet habe, liege bei ihm lediglich ein Gehilfenvorsatz vor.

II.

7 Die Revision des Angeklagten W. ist unbegründet.

8 1. Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

9 a) Die Besetzungsrüge zeigt keinen Rechtsfehler auf. Wie der Senat im Beschluss vom 24. März 2009 (NStZ 2009, 342; hierzu Volkmer NStZ 2009, 371) seine eigene Besetzung betreffend ausgeführt hat, ist Verletzter im Sinne des § 22 Nr. 1 i.V.m. § 338 Nr. 2 StPO nicht bereits ein Mieter, auf den – abhängig von den vertraglichen Vereinbarungen – die Reinigungsentgelte umgelegt werden können. Entgegen der Auffassung der Revision begründet auch der Umstand, dass der Vater des Richters We. an einem in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierten Fonds beteiligt ist, keinen Ausschlussgrund. Dieser Fonds ist selbst nicht Eigentümer. Vielmehr wird das Eigentum treuhänderisch von einer GmbH gehalten. Eine über den Fonds und die Treuhand doppelt vermittelte und nur indirekte Berührung der wirtschaftlichen Interessen des Vaters des Richters We. ist – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – für einen Ausschluss nach § 22 Nr. 3 StPO nicht ausreichend.

10 b) Das Landgericht hat den Antrag auf Vernehmung des Zeugen R. rechtsfehlerfrei zurückgewiesen. Die Verteidigung hat die Vernehmung dieses Zeugen, der Nachfolger des Angeklagten als Leiter der Innenrevision war, zum Beweis für die Verhältnisse bei der Innenrevision und deren Anbindung an den Vorstand beantragt. Das Landgericht hat die beantragte Beweiserhebung abgelehnt, weil die Frage, wie die Innenrevision personell strukturiert war und welche Prüfaufträge dort abgearbeitet werden, für die Garantenstellung ohne Bedeutung ist.

11 Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für die Frage einer aus dieser Stellung folgenden Garantenpflicht ist es unerheblich, ob die In-

nenrevision die Tarifbildung geprüft hat oder diese überhaupt aufgrund ihrer geringen personellen Ausstattung hätte prüfen können. Das Landgericht hat nämlich die Garantenstellung nicht aus einer konkret erfolgten Prüfung der Tarife hergeleitet, sondern sie vielmehr darauf gestützt, dass der Angeklagte als Leiter der Innenrevision eine besondere Pflichtenstellung innehatte, eine betrügerische Tarifbildung zu verhindern.

12 c) Ohne Erfolg rügt die Verteidigung, dass das Landgericht nicht sämtliche (ca. 170.000) Grundstückseigentümer als Zeugen über ihre jeweiligen Vorstellungen bei dem Erhalt der (rechtswidrig überhöhten) Abrechnungen der BSR gehört hat. Die Strafkammer hat diesen Antrag als bloßen Beweisermittlungsantrag angesehen.

13 aa) Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat das Landgericht diesen Antrag schon deshalb zu Recht nicht als einen nach § 244 Abs. 3 StPO zu bescheidenden Beweisantrag angesehen, weil die Zeugen nicht mit Namen und vollständiger Anschrift genannt wurden. Dies ist aber erforderlich (BGHSt 40, 3, 7; Beschluss vom 28. Mai 2009 – 5 StR 191/09 – zur Veröffentlichung bestimmt in BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag). Eine Ausnahme gilt allenfalls insoweit, als der Antragsteller außerstande ist, die vollständige Anschrift zu benennen. Dies ist nicht ersichtlich. Abgesehen davon, dass der Angeklagte selbst in der Lage gewesen wäre, eine Reihe von Grundstückseigentümern mit vollständiger Adresse allein aus seinem Wissen zu bezeichnen und schon dies nicht getan hat, ist nicht erkennbar, dass er diese Daten nicht über seine Arbeitgeberin hätte besorgen und dem Landgericht vorlegen können.

14 bb) Auch in der Sache hätte das Landgericht der beantragten Beweiserhebung nicht nachkommen müssen. Bei einer im Wesentlichen auf eine Zahlungsanforderung beschränkten Erklärung reichte es – wie der Senat in seinem Beschluss vom 9. Juni 2009 bezüglich des Mitangeklagten G.

in derselben Sache bereits ausgeführt hat – für einen Irrtum im Sinne des § 263 StGB aus, wenn sich die Empfänger in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, dass die Tarifberechnung in Ordnung sei. Ein differenziertes Vorstellungsbild bei den einzelnen Empfängern der Rechnungen liegt hier fern. Insoweit weicht die Fallkonstellation im vorliegenden Fall von den von der Revision in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9, 11) ab, die von den Geschädigten individuell zu bearbeitende Rechnungen oder Überweisungen zum Gegenstand hatten. Diese Fälle unterscheiden sich von dem hier vorliegenden schon dadurch, dass die Entgeltforderung hier für den jeweiligen Grundstückseigentümer eine wirtschaftlich nicht sehr gewichtige und auch völlig unauffällige Erklärung darstellte. Bei dem einzelnen Empfänger konnte deshalb nur das von dem sachgedanklichen Mitbewusstsein umfasste Vorstellungsbild entstanden sein, dass die Abrechnung jedenfalls nicht betrügerisch sei.

15 cc) Dieses von ihm angenommene und im Wesentlichen normativ geprägte Vorstellungsbild der Empfänger hat das Landgericht zudem erhärtet, indem es mehrere Zeugen einvernommen hat und in deren Aussagen dieses Ergebnis bestätigt fand. Angesichts dieses Befunds – zumal mit Blick auf die abgeurteilte einheitliche Tat – bedurfte es keiner weiteren Aufklärung durch die zusätzliche Vernehmung weiterer Zeugen. Dass das Landgericht in den Urteilsgründen nur die Aussage von drei dieser Zeugen wiedergegeben hat, verstößt nicht gegen §§ 261, 267 Abs. 1 Satz 2 StPO. Das Tatgericht ist nicht gehalten, sämtliche Zeugenaussagen zu dokumentieren.

16 2. Die Revision des Angeklagten zeigt auch mit der Sachrüge keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

17 a) Soweit die Revision die strafrechtliche Würdigung der Haupttat als Betrug in mittelbarer Täterschaft angreift, verweist der Senat auf seine Entscheidung, die er am 9. Juni 2009 im Beschlusswege gegen den Mitange-

klagten G. getroffen hat. Die Ausführungen der Verteidigung geben dem Senat keinen Anlass zu weiteren Ausführungen im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Betrugs oder zum Nichtvorliegen der speziellen Strafvorschriften der §§ 352, 353 StGB.

18 Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist bei dem Angeklagten auch die Kenntnis von der Haupttat belegt. Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde der Angeklagte nämlich durch den ihm direkt unterstellten H. darüber in Kenntnis gesetzt, dass G. den Fehler so „laufen lassen wolle“. Im Übrigen führte der Angeklagte bei der entscheidenden Sitzung des Aufsichtsrats Protokoll, in der die unrichtig berechneten Tarife von G. vorgestellt und vom Aufsichtsrat schließlich gebilligt wurden.

19 b) Die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Betrug hält im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand. Das Landgericht hat bei dem Angeklagten zu Recht eine Garantenstellung bejaht.

20 aa) Allerdings ergibt sich diese nicht schon daraus, dass der Angeklagte die Tarifkommission für die vorherige (nicht verfahrensgegenständliche) Abrechnungsperiode geleitet hatte. Zwar unterlief dieser von ihm geführten Kommission bereits der Fehler, dass die anliegerfreien Grundstücke in den Tarif einbezogen wurden. Eine Garantenstellung folgt hieraus jedoch nicht.

21 In Betracht käme insoweit eine Garantenstellung aus der tatsächlichen Herbeiführung einer Gefahrenlage (Ingerenz). Ein (pflichtwidriges) Vorverhalten begründet aber nur dann eine Garantenstellung, wenn es die naheliegende Gefahr des Eintritts des konkret untersuchten, tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 14; BGH NJW 1999, 69, 71, insoweit in BGHSt 44, 196 nicht abgedruckt; BGH NSTZ 2000, 583). Eine solche nahe Gefahr bestand hier nicht. Der Umstand, dass die vorherige Tariffestsetzung fehlerbehaftet war, bedeutet nämlich nicht, dass

sich dieser Fehler auch in die nächste Tarifperiode hinein fortsetzt. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht – wofür hier nichts festgestellt ist – eine gesteigerte Gefahr bestand, dass die zunächst unerkant fehlerhafte Berechnungsgrundlage ohne erneute sachliche Prüfung der neuen Festsetzung ohne weiteres zugrunde gelegt würde. Vielmehr wird in der nächsten Tarifperiode der Tarif uneingeschränkt neu bestimmt. Schon die ausschließliche Verantwortlichkeit der neuen Tarifkommission steht deshalb der Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz entgegen (vgl. Roxin, Strafrecht AT II 2003 S. 773). Zwar mag eine gewisse, eher psychologisch vermittelte Gefahr bestehen, zur Vertuschung des einmal gemachten Fehlers diesen zu wiederholen. Ein solcher motivatorischer Zusammenhang reicht jedoch nicht für die Begründung einer Garantenstellung aus. Der neue Tarif wird auf der Grundlage der hierfür maßgeblichen Rahmendaten selbständig festgesetzt. Seine Festsetzung erfolgt ohne Bindung an den Berechnungsmaßstab der Vorperioden, dessen Fehlerhaftigkeit nicht einmal zwangsläufig hätte aufgedeckt werden müssen. Auch ohne Eingreifen des Angeklagten wäre der Fehler nicht automatisch in die folgende Tarifperiode eingeflossen. Dies zeigt sich im Übrigen auch darin, dass die neue Tarifkommission bereits von sich aus diesen Fehler nicht wiederholen wollte, sondern hierzu erst durch die Einflussnahme des vormaligen Mitangeklagten G. veranlasst wurde.

22 bb) Dagegen hat das Landgericht zu Recht aus der Stellung des Angeklagten W. als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision eine Garantenstellung hergeleitet.

23 (1) Durch die Übernahme eines Pflichtenkreises kann eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden. Die Entstehung einer Garantenstellung hieraus folgt aus der Überlegung, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind (vgl. Roxin aaO S. 712 ff.), dann auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs trifft (vgl. Freund in MünchKomm StGB § 13 Rdn. 161). Es kann dahinstehen, ob

der verbreiteten Unterscheidung von Schutz- und Überwachungspflichten in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zukommen kann, weil die Überwachungspflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheint (vgl. BGHSt 48, 77, 92). Maßgeblich ist die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete übernommen hat. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsform der Übertragung an, sondern darauf, was unter Berücksichtigung des normativen Hintergrunds Inhalt der Pflichtenbindung ist (vgl. BGHSt 43, 82).

24 Die Rechtsprechung hat bislang in einer Reihe von Fällen Garantstellungen anerkannt, die aus der Übernahme von bestimmten Funktionen abgeleitet wurden. Dies betraf nicht nur hohe staatliche oder kommunale Repräsentanten, denen der Schutz von Leib und Leben der ihnen anvertrauten Bürger obliegt (BGHSt 38, 325; 48, 77, 91), sondern auch Polizeibeamte (BGHSt 38, 388), Beamte der Ordnungsbehörde (BGH NJW 1987, 199) oder auch Bedienstete im Maßregelvollzug (BGH NJW 1983, 462). Eine Garantpflicht wird weiterhin dadurch begründet, dass der Betreffende eine gesetzlich vorgesehene Funktion als Beauftragter übernimmt (vgl. OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2757; Böse NSTZ 2003, 636), etwa als Beauftragter für Gewässerschutz (§§ 21a ff. WHG), Immissionsschutz (§§ 53 ff. BImSchG) oder Strahlenschutz (§§ 31 ff. StrahlenschutzVO).

25 Die Übernahme entsprechender Überwachungs- und Schutzpflichten kann aber auch durch einen Dienstvertrag erfolgen. Dabei reicht freilich der bloße Vertragsschluss nicht aus. Maßgebend für die Begründung einer Garantstellung ist vielmehr die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises. Allerdings begründet nicht jede Übertragung von Pflichten auch eine Garantstellung im strafrechtlichen Sinne. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu überantworten (vgl. BGHSt 46, 196, 202 f.; 39, 392, 399). Ein bloßer Austauschvertrag genügt

hier ebenso wenig wie ein Arbeitsverhältnis (Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rdn. 41). Im vorliegenden Fall kann nicht zweifelhaft sein, dass der Angeklagte aufgrund des übernommenen Aufgabenbereichs eine Garantenstellung innehatte. Entgegen der Auffassung der Verteidigung und des Generalbundesanwalts beschränkte sich seine Einstandspflicht jedoch nicht nur darauf, Vermögensbeeinträchtigungen des eigenen Unternehmens zu unterbinden, sondern sie kann auch die Verhinderung aus dem eigenen Unternehmen kommender Straftaten gegen dessen Vertragspartner umfassen.

26 (2) Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens und den Zweck seiner Beauftragung abzustellen. Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung der Beauftragung an, ob sich die Pflichtenstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu verhindern, oder ob der Beauftragte weitergehende Pflichten dergestalt hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Unter diesen Gesichtspunkten ist gegebenenfalls die Beschreibung des Dienstpostens zu bewerten.

27 Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als „Compliance“ bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte „Compliance Officers“ geschaffen werden (vgl. BGHSt 52, 323, 335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 S. 2 ff.). Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können (vgl. Bürkle in Hauschka aaO S. 128 ff.). Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu ver-

hindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden (vgl. Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 32).

28 Eine derart weitgehende Beauftragung ist bei dem Angeklagten nicht ersichtlich. Nach den Feststellungen war der Angeklagte als Jurist Leiter der Rechtsabteilung und zugleich Leiter der Innenrevision. Er war unmittelbar dem Vorstandsvorsitzenden unterstellt. Zwar gibt es zwischen dem Leiter der Innenrevision und dem so genannten „Compliance Officer“ regelmäßig erhebliche Überschneidungen im Aufgabengebiet (vgl. Bürkle aaO S. 139). Dennoch erscheint es zweifelhaft, dem Leiter der Innenrevision eines Unternehmens eine Garantenstellung auch insoweit zuzuweisen, als er im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet ist, Straftaten aus dem Unternehmen zu Lasten Dritter zu unterbinden.

29 Im vorliegenden Fall bestehen indes zwei Besonderheiten: Das hier tätige Unternehmen ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit bezog sich auf den hoheitlichen Bereich des Unternehmens, nämlich die durch den Anschluss- und Benutzungszwang geprägte Straßenreinigung, die gegenüber den Anliegern nach öffentlich-rechtlichen Gebührengrundsätzen abzurechnen ist. Dies hat für die Eingrenzung der dem Angeklagten obliegenden Überwachungspflichten Bedeutung. Als Anstalt des öffentlichen Rechts war die BSR den Anliegern gegenüber zu gesetzmäßigen Gebührenberechnungen verpflichtet. Anders als ein privates Unternehmen, das lediglich innerhalb eines rechtlichen Rahmens, den es zu beachten hat, maßgeblich zur Gewinnerzielung tätig wird, ist bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück ihrer Tätigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Erfüllung dieser Aufgaben in gesetzmäßiger Form zentraler Bestandteil ihres „unternehmerischen“ Handelns ist. Damit entfällt im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter. Dies wirkt sich auf die Ausle-

gung der Überwachungspflicht aus, weil das, was zu überwachen ist, im privaten und im hoheitlichen Bereich unterschiedlich ausgestaltet ist.

30 Die Überwachungspflicht konzentriert sich auf die Einhaltung dessen, was Gegenstand der Tätigkeit des Dienstherrn ist, nämlich den gesetzmäßigen Vollzug der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt. Der konkrete Dienstposten des Angeklagten umfasste die Aufgabe, die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen, und begründete so auch eine entsprechende Garantienpflicht. Der Zuschnitt der vom Angeklagten zu übernehmenden Aufgabe ist dabei – was das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – vor dem Hintergrund seiner bisherigen Funktionen für die BSR zu sehen. Dort galt er insbesondere als Tarifrechtsexperte und als das „juristische Gewissen“ der BSR (UA S. 7, 10, 46). Die zusätzliche Übertragung der Leitung der Innenrevision (UA S. 5, 22) war ersichtlich mit dieser Fähigkeit verbunden. Der dem Vorstandsvorsitzenden unmittelbar unterstellte Angeklagte sollte gerade als Leiter der Innenrevision verpflichtet sein, von ihm erkannte Rechtsverstöße bei der Tarifikalkulation zu beanstanden (UA S. 12), wobei die Beachtung der gesetzlichen Regelungen auch dem Schutz der Entgeltschuldner dienen sollte (UA S. 56). Auf dieser letztlich so ausreichenden Tatsachengrundlage durfte das Landgericht den Schluss ziehen, dass es zum wesentlichen Inhalt des Pflichtenkreises des Angeklagten gehören sollte (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 13 Rdn. 17), die Erhebung betrügerischer Reinigungsentgelte zu verhindern.

31 (3) Der Angeklagte war deshalb im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet, von ihm erkannte Fehler der Tarifberechnung zu beanstanden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese zu Lasten seines Dienstherrn oder zu Lasten Dritter ausgewirkt haben. Sein pflichtwidriges Unterlassen führt dazu, dass ihm der Erfolg, den er hätte verhindern sollen, strafrechtlich zugerechnet wird (vgl. BGH NJW 1987, 199). Insofern liegt – wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat – Beihilfe gemäß § 27 Abs.1 StGB vor, weil

der Angeklagte lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt und sich dem Haupttäter G. ersichtlich untergeordnet hat. Da der Angeklagte die betrügerische Handlung des Vorstands G. ohne weiteres durch die Unterrichtung des Vorstandsvorsitzenden oder des Aufsichtsratsvorsitzenden hätte unterbinden können und ihm dies auch zumutbar war, hat sich der Angeklagte einer Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht. Da er alle Umstände kannte, ist hier auch die subjektive Tatseite zweifelsfrei gegeben (vgl. BGHSt 19, 295, 299). Dies hat das Landgericht in den Urteilsgründen zutreffend dargelegt.

32 c) Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kommt bei dem Angeklagten keine Untreue gemäß § 266 StGB zu Lasten der BSR in Betracht. Zwar trifft den Angeklagten eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber seinem Dienstherrn. Es fehlt jedoch an einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB. Der BSR ist durch die betrügerische Tarifbildung ein Vorteil entstanden, weil so höhere Reinigungsentgelte vereinnahmt wurden, als ihr nach der gesetzlichen Regelung zustanden.

33 Der Generalbundesanwalt erwägt die Möglichkeit eines solchen Nachteils in den Ersatzansprüchen und Prozesskosten nach Aufdeckung des Betrugs. Ein solcher Schaden ist aber nicht unmittelbar (BGHSt 51, 29, 33; BGH NSTZ 1986, 455, 456; Fischer aaO § 266 Rdn. 55). Er setzt nämlich mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraus. Der für die Nachteilsfeststellung notwendige Gesamtvermögensvergleich hat aber auf der Grundlage des vom Täter verwirklichten Tatplans zu erfolgen.

34 d) Die Strafzumessung hält gleichfalls im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Die Bedenken gegen die vom Landgericht vorgenommene Schadensbewertung, die im Verfahren gegen den Angeklagten G. zu einer Aufhebung des Strafausspruchs in dem Senatsbeschluss vom 9. Juni 2009 geführt haben, bestehen hinsichtlich des Angeklagten W.

nicht. Ausweislich der Urteilsgründe hat das Landgericht bei diesem Angeklagten der Schadenshöhe ein geringeres Gewicht beigemessen.

35 Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat das Landgericht sich mit der Motivlage des Angeklagten auseinandergesetzt. Es hat nämlich festgestellt, dass er sich aus falsch verstandener Loyalität dem Vorstand G. untergeordnet hat.

36 Ebenso wenig ist die für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung angesetzte Kompensation von 20 Tagessätzen zu beanstanden. Bei der vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Verfahrensverzögerung von zehn Monaten war dieser Abschlag ausreichend, jedenfalls nicht rechtsfehlerhaft.

37 Das Landgericht war aus Rechtsgründen auch nicht gehalten, dem Angeklagten eine Strafrahmenschiebung nach § 13 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu gewähren. Die hierfür gegebene Begründung, dass er über Monate hinweg Gelegenheit gehabt hätte, den Kalkulationsfehler aufzudecken, ist tragfähig. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte in der Aufsichtsratssitzung anwesend war und das Protokoll führte, in der die unzutreffend berechneten Tarife vorgestellt wurden.

38 Die von der Revision vermisste Auseinandersetzung mit einer zusätzlichen fakultativen Strafrahmenschiebung nach § 17 Satz 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB war im vorliegenden Fall schon deshalb nicht erforderlich, weil sich der Angeklagte in keinem Verbotsirrtum befand. Es kommt nicht darauf an, dass der Angeklagte um die Strafbarkeit seines Verhaltens als Betrug wusste. Ein Verbotsirrtum ist bereits dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte die Rechtswidrigkeit seines Handelns (hier: seines Unterlassens) kennt (BGHSt 42, 123, 130; 52, 182, 190 f.; 52, 307, 313; BGHR StGB § 11 Amtsträger 14). Dem Angeklagten war nach den Urteilsgründen nämlich klar, dass die Berechnung der Tarife unter Verstoß gegen das Berliner Straßen-

reinigungsgesetz erfolgte und er schon aufgrund seines Dienstverhältnisses verpflichtet war, seinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden, zu unterrichten.

- 39 Der vom Landgericht festgesetzte Tagessatz in Höhe von 75 Euro ist rechtsfehlerfrei bestimmt (vgl. dazu eingehend Häger in LK, 12. Aufl. § 40 Rdn. 54 ff.; ferner BGH wistra 2008, 19).

Basdorf Raum Brause
 Schneider Dölp

Tradução da decisão do Bundesgerichtshof¹ alemão de 17 de julho de 2009,
por Orlandino Gleizer em

31.10.2017, Berlin, Alemanha.

Decisão publicada sob a referência 5 StR 394/08.

¹ NT.: *Bundesgerichtshof* é a corte de justiça federal competente para a interpretação da lei penal em última instância. Adiante, será sempre referida por sua sigla BGH.

§ 13 Abs. 1 do StGB²

O coordenador do departamento de auditoria interna de uma instituição de direito público pode assumir um dever de evitar cobranças fraudulentas.³

BGH, julgamento de 17 de julho de 2009. – 5 StR 394/08

LG Berlin⁴ –

5 StR 394/08

² NT: *Strafgesetzbuch*: Código Penal alemão. Adiante, será sempre referido por sua sigla StGB.

³ NT: A título de informação, este trecho não corresponde ao texto do § 13 Abs. 1 do StGB.

⁴ NT: *Landesgericht* de Berlim é a corte de justiça estadual de Berlim, que possui competência originária e recursal em matéria penal. Adiante, será sempre referida por sua sigla LG.

Bundesgerichtshof

Em nome do povo

Julgamento

de 17 de julho de 2009

em matéria penal

contra

por cumplicidade para o estelionato⁵

⁵ NT: A fim de facilitar a compreensão da discussão, o delito alemão de Betrug (§ 263 do StGB), similar ao estelionato brasileiro, possui a seguinte redação: “(1) Aquele que, com a intenção de adquirir uma vantagem patrimonial antijurídica para si ou para um terceiro, lesa o patrimônio de um terceiro criando ou mantendo um erro por meio da simulação de fatos inverídicos ou da distorção ou supressão de fatos verídicos, é punível com pena restritiva de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa. (2) A tentativa é punível. (3)... (7)”

O 5º Senado em matéria Penal do BGH, em razão do julgamento principal de 16 e 17 de julho de 2009, nos quais participaram

Juiz presidente Basdorf,

Juiz Dr. Raum,
Juiz Dr. Brause,
Juíza Dr. Schneider,
Juiz Dölp

enquanto juízes do caso,

Procurador da República enquanto representante da Procuradoria-Geral da República,

Advogada enquanto defensora do acusado,

Serventuária judicial,

decidiu, em 17 de julho de 2009, como de direito:

rejeitar o recurso do acusado W. interposto em face da decisão de 3 de março de 2008 do LG Berlin.

O acusado W. arcará com os custos de seu recurso.

– por razões jurídicas –

Razões

1. A LG⁶ de Berlim condenou o acusado W., por cumplicidade (omissiva) para o estelionato, a uma pena de 120 dias-multa, dos quais 20 dias-multa já seriam considerados executados como medida de compensação pelo excesso de tempo processual. O recurso deste acusado, interposto de forma completa e preenchendo os pressupostos formais e materiais, foi improvido.

I.

2. A LG decidiu da seguinte maneira:
3. O acusado atuou, desde 1989, na condição de jurista formado, na empresa de limpeza municipal de Berlim (a seguir: BSR) e, desde o começo de 1998, como coordenador de pessoal do departamento de consultoria aos órgãos de direção bem como coordenador do departamento jurídico. Além disso, entre 2000 e o final de 2002, ele assumiu o departamento de auditoria interna. À BSR, uma instituição de direito público, cabia a limpeza das ruas públicas, situadas no território sob sua responsabilidade, com o “instrumento coercitivo de conexão e utilização”⁷ em relação aos proprietários dos imóveis adjacentes. De fato, as relações de direito eram jurídico-privadas; no entanto, para a determinação das

⁶ Ver NT 4.

⁷ NT.: No original, Anschluss- und Benutzungszwang, termo do direito de construção alemão, que expressa a possibilidade de coerção relativa à conexão e à utilização de serviços e bens públicos.

taxas compensatórias, aplicavam-se os princípios da equivalência e da cobertura de custos enquanto princípios jurídico-públicos relativos ao cálculo de taxas.

4. De acordo com as regras da lei de limpeza de pavimentos públicos de Berlim, os proprietários de terrenos deveriam arcar com 75% dos custos necessários para a limpeza; 25% dos custos seriam arcados pelo estado de Berlim (§ 7 Abs. 1). Os custos para a limpeza de ruas sem terrenos privados seriam arcados completamente pelo estado de Berlim (§ 7 Abs. 6). As taxas, que eram subdivididas em quatro classes tarifárias conforme a periodicidade da limpeza, eram estabelecidas para o período tarifário com base em prognose dos custos previstos. A determinação tarifária a ser adotada pela direção e pelo comitê supervisor foi preparada por um grupo de trabalho denominado “cálculo tarifário”, que era coordenado pelo acusado W. Por consequência de um descuido, também foram incluídos no cálculo das taxas compensatórias, relativas ao período tarifário de 1999/2000, 75% dos custos para a limpeza de ruas sem imóveis adjacentes; esses custos deveriam ter sido completamente arcados pelo estado de Berlim. A falha de cálculo foi percebida no período subsequente, mas não foi corrigida.
5. Para o período tarifário de 2001/2002 (o espaço de tempo do crime), um novo grupo de trabalho foi criado pela direção geral [cúpula diretiva e comitê supervisor]. O acusado W. já não integrava mais esse grupo de trabalho. Este grupo foi coordenado por H., anteriormente codenunciado, que atuava no departamento de pessoal e era imediatamente subordinado ao acusado W. O acusado W., pessoalmente, participou de forma esporádica das reuniões do novo grupo de trabalho, que a princípio queria corrigir o erro de cobrança do período tarifário anterior. No entanto, tal correção foi omitida por instrução de G., anteriormente codenunciado. A tarifa, cuja base de cálculo incluiu também as ruas sem imóveis adjacentes, foi aprovada pela cúpula diretiva e pelo comitê supervisor da BSR. A descrição das tarifas, no entanto, foi feita sem que os responsáveis pela decisão fossem avisados da inclusão das ruas sem terrenos privados. O acusado W., que tinha conhecimento do erro de cálculo, não estava presente na reunião da direção geral. Na reunião do comitê supervisor, ele foi o responsável pela execução da ata; no entanto, a LG não conseguiu determinar outras colaborações de sua parte. O acusado W. também não informou seu

superior direto, o presidente da empresa, D., nem qualquer membro do comitê supervisor. O conselho de administração do estado de Berlim aprovou a tarifa. No entanto, a tarifa foi aprovada sob a condição de que a BSR procedesse a um novo cálculo. Com base na tarifa aprovada, cobrou-se dos proprietários de terrenos, no total, aproximadamente 23 milhões de euros a mais de tarifa compensatória; esse montante foi predominantemente pago.

6. A LG julgou o comportamento de G., anteriormente codenunciado, em relação ao período tarifário total de 2001/2002, como estelionato (praticado em unidade de ação) em autoria mediata. O acusado W. teria sido cúmplice nesse delito. Não seria possível, segundo aquela corte, provar de forma indubitável um agir ativo do acusado W., que tinha conhecimento do cálculo incorreto da tarifa. No entanto, ele teria responsabilidade por cumplicidade omissiva. E uma posição de garante, no sentido do § 13 do StGB, adviria do fato de que, enquanto coordenador da comissão tarifária, ele seria o responsável pelo erro de cálculo do período anterior e deveria tê-lo retificado no período tarifário seguinte. Além disso, ele também teria posição de garante enquanto coordenador do departamento de auditoria interna. Nessa qualidade, especialmente enquanto servidor de uma instituição de direito público, ele seria particularmente obrigado a garantir a observância das normas legais também para a proteção dos devedores. Tendo em vista que o acusado W. se subordinou à atuação de G., anteriormente codenunciado, haveria em relação àquele apenas um dolo de cumplicidade.

II.

7. O recurso de revisão do acusado W. não tem fundamento.
8. 1. As objeções processuais não prosperam.
9. a) As objeções não confirmam qualquer erro jurídico. [Este] Senado, na decisão de 24 de março de 2009 (NStZ 2009, 342; a esse respeito, Volkmer NStZ 2009, 371), estabeleceu sua própria posição a respeito de que o lesado nos termos

do § 22 Nr. 1 c.c. § 338 Nr. 2 do StPO⁸ - independentemente dos acordos contratuais – não é o locatário a quem pode ter sido transferida a cobrança da taxa de limpeza. Ao contrário da interpretação apresentada pelo recurso de revisão, o fato de que o pai do juiz We. tinha cotas de um fundo em uma sociedade de direito civil não é razão para declarar o impedimento do magistrado. O próprio fundo não é proprietário. Ao contrário disso, a propriedade é mantida fiduciariamente por uma sociedade limitada. Uma lesão duplamente distante, tanto por conta do fundo como da fidúcia, e apenas indireta aos interesses financeiros do pai do juiz We. não é suficiente – como já colocado satisfatoriamente pela LG – para se decretar um impedimento com base no § 22 Nr. 3 do StPO.

10. b) A LG rejeitou corretamente, de uma perspectiva jurídica, o pedido de oitiva da testemunha R. A defesa requereu a oitiva dessa testemunha, que se tratava do sucessor do acusado na posição de coordenador do departamento de auditoria interna, para provar as circunstâncias da auditoria interna e sua ligação com a cúpula diretiva. A LG rejeitou a colheita da prova requerida por ser irrelevante para a posição de garante a questão a respeito de como o departamento de auditoria interna era estruturado e quais ordens de verificação eram executadas neste departamento.
11. Do ponto de vista jurídico, isso não merece qualquer reprovação. Para a questão a respeito de um dever de garante advindo desse cargo, é irrelevante se o departamento de auditoria interna verificou a base da tarifa ou se, em razão de seu reduzido número de membros, sequer era possível verificá-la. A LG não derivou a posição de garante de uma verificação, concretamente realizada, das tarifas, mas se baseou, ao contrário, no fato de que o acusado, enquanto coordenador do departamento de auditoria interna, possuía um especial dever de evitar uma base de cálculo fraudulenta.
12. c) A defesa ainda objeta, sem sucesso, que a LG não ouviu todos os (cerca de 170.000) proprietários de terrenos na condição de testemunhas a respeito de suas respectivas percepções no momento em que receberam as cobranças

⁸ NT: StPO (Strafprozessordnung) é o código de processo penal alemão. Adiante, será designado por sua sigla StPO.

(irregularmente excessivas) da BSR. A câmara criminal [da LG] encarou esse requerimento como mera sugestão de investigação⁹.

13. aa) Por razões jurídicas, essa interpretação não merece reparo. Ao contrário da interpretação da defesa, a LG, com razão, não encarou esse requerimento como um requerimento de prova descrito pelo § 244 Abs. 3 do StPO, porque as testemunhas não foram qualificadas por nome e endereço completo. No entanto, isso é necessário (BGHSt 40, 3, 7; decisão de 28 de maio de 2009 – 5 StR 191/09 – a ser publicado em BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag). De qualquer forma, há uma exceção no caso em que o requerente não possui condições de apresentar a qualificação completa. Não é o que se evidencia. Além do fato de que o próprio acusado tinha informações para apresentar vários proprietários com qualificação completa e não o fez, não é evidente o fato de que ele não poderia obter esses dados de sua empregadora e fornecer à LG.
14. bb) Mesmo de uma perspectiva material, a LG também não teria obrigação de determinar a produção da prova requerida. No caso de uma declaração limitada essencialmente a uma demanda de pagamento, seria suficiente – como este Senado já declarou a respeito da mesma matéria em sua decisão de 9 de junho de 2009, em relação ao codenunciado G. – para se afirmar um erro no sentido do § 263 do StGB, que os destinatários da correspondência de cobrança possuísem uma percepção, mesmo que geral, de que a cobrança tarifária estaria correta. Não se pode cogitar que os recebedores da cobrança tenham tido uma percepção diferente dessa. O arranjo fático presente no caso em análise se diferencia daqueles constantes do recurso de revisão do acusado relativos às mencionadas decisões do BGH (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9, 11), que tinham como objeto danos resultados de cobranças ou transferências individualmente elaboradas. Esses casos se diferenciam do ora analisado já pelo fato de que a cobrança de taxa compensatória para os respectivos proprietários dos terrenos, aqui, apresentava uma explicação não tão substancial do ponto de vista econômico e também nada evidente. Por isso, os

⁹ NT.: No original, Beweismittlungsantrag, que se trata de um requerimento de prova no processo penal alemão que, por não preencher as formalidades legais, é tratado simplesmente como sugestivo, de forma que o juízo não precisa conferi-lo o mesmo tratamento de um requerimento de prova adequado.

destinatários da cobrança acreditaram, com base em uma suposição corriqueira e irrefletida, que a cobrança, de qualquer forma, não era fraudulenta.

15. cc) Essa percepção, de essência normativa, por parte dos destinatários (adotada pela LG) ainda foi reforçada pela corte por meio da tomada de diversos testemunhos que confirmaram esse resultado. Tendo em vista essa conclusão – especialmente em referência ao fato sobre o qual se afirmou a pretensão punitiva em unidade delitiva – não eram necessários outros esclarecimentos por meio da tomada de depoimentos adicionais de outras testemunhas. O fato de que a LG, nas razões da decisão, só reproduziu o testemunho de três dessas testemunhas, não viola os §§ 261 e 267 Abs. 1 Satz 2 do StPO. O juízo sentenciante não é obrigado a documentar todos os testemunhos.
16. 2. No que concerne às razões materiais do recurso de revisão do acusado, também não se evidenciam erros jurídicos.
17. a) Em relação ao ataque do recurso à qualificação jurídico-penal do fato principal como estelionato em autoria mediata, deve-se fazer menção à decisão deste Senado, de 9 de junho de 2009, tomada no julgamento relativo ao codenunciado G. As razões ora apresentadas pela defesa não impõem, a este Senado, a obrigação de tecer novas considerações em relação aos pressupostos típicos do estelionato ou ao afastamento dos tipos especiais dos §§ 352 e 353 do StGB.
18. Ao contrário da interpretação da defesa, também está provado o conhecimento do acusado sobre o fato principal. De acordo com as constatações da LG, o acusado foi informado por H., seu subordinado direto, a respeito do fato de que G. “não desejava corrigir” o erro. A propósito, o acusado foi o responsável pela ata da decisiva reunião do comitê supervisor, na qual as tarifas erroneamente calculadas por G. foram apresentadas e, ao fim, ratificadas pelo comitê supervisor.
19. b) Juridicamente, a condenação do acusado por cumplicidade para o estelionato não merece reparos. Em relação ao acusado, a LG afirmou corretamente uma posição de garante.
20. aa) No entanto, essa posição de garante não advém do fato de o acusado ter coordenado a comissão tarifária no período tarifário anterior (que não é objeto

desse processo). É até verdade que a comissão, enquanto coordenada por ele, cometeu o erro de incluir no cálculo tarifário as ruas livres de terrenos privados. Mas ainda assim a posição de garante não advém daí.

21. A posição de garante advém da real criação de uma situação de perigo (ingerência). Um prévio comportamento (violador do dever), no entanto, só fundamenta uma posição de garante caso ele dê causa a um provável perigo de ocorrência do resultado concretamente investigado e típico (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 14; BGH NJW 1999, 69, 71, nesse sentido em BGHSt 44, 196 não impresso; BGH NStZ 2000, 583). Um perigo próximo como esse não pode ser afirmado aqui. O fato de que a determinação tarifária anterior era errônea não significa que esse erro será mantido no próximo período tarifário. Em todo caso, isso só vale caso não haja um incrementado perigo – o que não se pode afirmar aqui – de que a base de cálculo equivocada, não percebida em um primeiro momento, venha a ser aprovada na próxima determinação tarifária sem uma nova verificação material. No caso analisado, ao contrário, a tarifa é totalmente recalculada no período tarifário seguinte. Por isso, a responsabilidade exclusiva da nova comissão tarifária se opõe à afirmação de uma posição de garante por ingerência (cf. Roxin, Strafrecht AT II 2003 p. 773). Até pode existir um certo perigo, criado por razões mais psicológicas, de que o erro seja repetido a fim de encobrir o erro anterior. No entanto, uma relação motivacional como essa não é suficiente para a fundamentação de uma posição de garante. A nova tarifa é estabelecida de forma independente com base nos dados relevantes para o cálculo. A sua determinação se dá de forma desvinculada das medidas de cálculo do período prévio, cuja incorreção nem teria necessariamente que ser descoberta. Ou seja, mesmo que o acusado não interviesse, o erro não seria automaticamente incorporado ao período tarifário seguinte. Isso pode ser demonstrado, a propósito, também pelo fato de que a nova comissão de cálculo tarifário, por conta própria, já não queria repetir o erro, senão que apenas por meio da influência do codenunciado G. veio a ser induzida a fazê-lo.
22. bb) Ao invés disso, a LG, com razão, derivou a posição de garante do acusado W. de sua função de coordenador do departamento jurídico e do departamento de auditoria interna.

23. (1) Assumindo-se uma esfera de deveres, pode-se fundamentar um dever de evitação do resultado no sentido do § 13 Abs. 1 do StGB. A origem da posição de garante, nesse caso, advém da consideração de que aquele a quem são transferidos deveres de zelar por determinadas fontes de perigo também possui uma “responsabilidade especial” pela integridade do escopo de responsabilidades que lhe foi transferido (cf. Freund em MünchKomm StGB § 13 nm. 161). Não é necessário decidir se a propagada diferenciação entre deveres de proteção e de vigilância tem peso essencial nesse contexto, porque o dever de vigilância serve exatamente à proteção de determinados bens jurídicos e, inversamente, uma proteção sem a respectiva vigilância do objeto protegido é dificilmente concebível (cf. BGHSt 48, 77, 92). O importante é a determinação do âmbito de responsabilidade que foi assumido por aquele que tem o dever. Em relação a isso, a diferença não reside na forma jurídica da transferência, mas no conteúdo da vinculação de deveres, considerando-se o pano de fundo normativo (cf. BGHSt 43, 82).
24. A jurisprudência, até aqui, tem reconhecido, em uma gama de casos, posições de garante derivadas da assunção de determinadas funções. E isso não apenas em relação a representantes estatais ou locais de alto escalão, responsáveis pela proteção completa dos cidadãos sob sua responsabilidade (BGHSt 38, 325< 48, 77, 91), mas também em relação a oficiais da polícia (BGHSt 38, 388), funcionários da defesa civil (BGH NJW 1987, 199) ou também funcionários encarregados da execução de medidas de segurança (BGH NJW 1983, 462). Além disso, também se pode fundamentar uma posição de garante pelo fato de que a pessoa em questão assumir uma função, legalmente prevista, enquanto designado para uma tarefa (cf. OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2757; Böse NStZ 2003, 636), por exemplo, na condição de designado para a proteção das águas (§§ 21a ss. WHG), para o controle das emissões de poluentes (§§ 53 ss. BImSchG) ou para a o controle das emissões radioativas (§§ 32 ss. StrahlenschutzVO).
25. A assunção dos respectivos deveres de vigilância e de proteção também pode advir, no entanto, de um contrato de serviço. No entanto, nesse caso, não basta que um contrato seja meramente firmado. O importante para a fundamentação de uma posição de garante é, antes, a assunção fática da esfera de deveres. No entanto, nem toda transferência de deveres também fundamenta uma

posição de garante no sentido jurídico-penal. Para tanto, é necessário, habitualmente, haver uma especial relação de confiança, que imponha ao transferente a transmissão de especiais deveres de proteção ao obrigado (cf. BGHSt 46, 196, 202 f.; 39, 329, 399). Um mero contrato de obrigações recíprocas do direito civil serve tão pouco para essa finalidade quanto um contrato de trabalho (Weigend em LK 12. Aufl. § 13 nm. 41). No caso ora analisado, não se pode ter dúvida de que o acusado, em razão do escopo de deveres assumido, exercia uma posição de garante. Ao contrário da interpretação da defesa e do representante da Procuradoria-Geral nesta Corte, seus deveres de evitação do resultado, no entanto, não se limitam à evitação de violações ao patrimônio da empresa, mas também abrangem a evitação de delitos advindos da própria empresa contra seus parceiros contratuais.

26. (2) O conteúdo e a extensão do dever de garantia se determinam pela concreta esfera de deveres assumida pelo responsável. Essa determinação deve levar em conta as relações especiais da empresa e o propósito de suas designações. À luz dos propósitos de suas designações, o que importa é saber se a posição de dever do designado já se esgota na otimização dos processos internos da empresa e na descoberta e futura evitação de violações de dever voltadas contra a própria empresa ou se o designado também possui deveres de questionar e evitar violações jurídicas advindas da própria empresa. É com base nesses pontos de vista que se deve avaliar, eventualmente, a descrição do cargo.
27. Essa tendência de orientação, atualmente descrita como “compliance” nas grandes empresas, vem sendo implementada na vida econômica por meio da criação dos chamados “compliance officers” (cf. BGHSt 52, 323, 335; Hauschka, Corporate Compliance, 2007 p. 2 ss.). Suas funções são a evitação de violações jurídicas, especialmente também de delitos que são praticados dentro da empresa e que podem trazer consideráveis desvantagens por meio de riscos de responsabilização judicial ou de perda de reputação (cf. Bürkle em Hauschka, no local indicado, p. 128 ss.). Essas pessoas designadas possuem, em regra, do ponto de vista jurídico-penal, um dever de garantir, no sentido do § 13 Abs. 1 do StGB, a evitação de delitos relacionados à atividade da empresa por parte de seus próprios integrantes. Essa é a contraface essencial do dever assumido

frente à direção da empresa de evitar violações jurídicas, especialmente delitos (cf. Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 32).

28. Uma função ampla como essa não é evidente em relação ao acusado. De acordo com as provas, o acusado, enquanto jurista, era coordenador do departamento jurídico e, ao mesmo tempo, do departamento de auditoria interna. Ele era subordinado direto da presidência da empresa. É até verdade que, regularmente, há significativos pontos de intersecção entre os deveres do coordenador de um departamento de auditoria interna e os deveres do chamado “compliance officer” (cf. Bürkle, no local indicado, p. 139). No entanto, parece duvidoso atribuir também ao coordenador do departamento de auditoria interna de uma empresa uma posição de garantir, nos termos do § 13 Abs. 1 do StGB, a prevenção de delitos praticados dentro da empresa em prejuízo de terceiros.
29. No presente caso, há, no entanto, duas particularidades: a empresa atuante aqui é uma instituição de direito público e a atividade não impedida pelo acusado se refere ao âmbito oficial da empresa, a saber, a limpeza das ruas garantida pelo “instrumento coercitivo de conexão e utilização”¹⁰, que deve ser cobrada dos proprietários conforme os princípios de taxação do direito público. Isso tem um significado para a limitação dos deveres de vigilância que obrigam o acusado. Enquanto instituição de direito público, a BSR era, em relação aos proprietários, obrigada a fazer cobranças estabelecidas pela lei. Diferente de uma empresa privada, que, apenas devendo respeitar as balizas legais, atua predominantemente com finalidade de lucro, uma instituição de direito público tem a execução da lei como tarefa principal de sua atividade. Isso também significa que a satisfação dessas tarefas na forma da lei é parte central de sua atuação “empresarial”. Com isso, desaparece, na esfera pública, a distinção entre, de um lado, os interesses da própria empresa e, do outro, os interesses dos terceiros externos. Isso afeta a interpretação do dever de vigilância, porque aquilo que deve ser monitorado tem configurações distintas no âmbito privado e no âmbito público.
30. A obrigação de vigilância se concentra na observância daquilo que é objeto da atividade da empresa empregadora, a saber, a execução legal da limpeza dos pavimentos públicos, que também inclui uma cobrança legal dos custos devidos.

¹⁰ Ver NT 7.

O concreto posto de serviço do acusado abrangia a tarefa de proteger os moradores da rua de taxas incrementadas de forma fraudulenta, e assim também fundamentava um respectivo dever de garante. O recorte das tarefas a serem assumidas pelo acusado deve ser – como corretamente mencionado pela LG – observado em contraste com o pano de fundo das funções que o mesmo exerceu até então para a BSR. Lá, ele era considerado, especialmente, um *expert* em direito tarifário e o “cérebro jurídico” da BSR (UA¹¹, p. 7, 10, 46). A transferência adicional da coordenação do departamento de auditoria interna (UA, p. 5, 22) estava, evidentemente, associada a essa capacidade. O acusado, diretamente subordinado ao presidente da empresa, deveria ser obrigado, já enquanto coordenador do departamento de auditoria interna, a questionar as violações jurídicas em relação ao cálculo tarifário reconhecidas por ele (sentença, p. 12), sendo que a observância das normas legais também deveria servir à proteção dos devedores (sentença, p. 56). Com base nesse fato, por fim, suficiente, a LG pode concluir que pertencia ao conteúdo essencial da esfera de deveres do acusado (cf. Fischer, StGB 56ª Ed. § 13 nm. 17) a evitação da coleta da fraudulenta taxa compensatória de limpeza.

31. (3) O acusado era, por isso, no sentido do § 13 Abs. 1 StGB, obrigado a questionar erros de cobrança de tarifa dos quais tivesse tomado conhecimento. E isso independente do fato de se os erros prejudicariam seu empregador ou algum terceiro. Sua omissão violadora do dever fundamenta a imputação jurídico-penal a ele do resultado que ele deveria ter evitado (cf. BGH NJW 1987, 199). Nesse sentido, há – como a LG pontou corretamente – cumplicidade segundo o § 27 Abs. 1 do StGB, porque o acusado atuou apenas com dolo de cúmplice e se subordinou, como é evidente, ao autor principal G. O acusado não só poderia ter evitado, sem maiores complicações, a ação fraudulenta do executivo G., informando a presidência da empresa ou a presidência do comitê supervisor, como também se lhe podia exigir-lo. Ele é, assim, punível por cumplicidade para o estelionato por omissão. Tendo em vista que ele conhecia todas as circunstâncias, o lado fático subjetivo também está ausente de dúvidas (cf. BGHSt 19, 295, 299). Isso também foi suficientemente fundamentado pela LG nas razões da decisão.

¹¹ NT.: UA, abreviação de Urteilsabdruck, uma referência à página do processo.

32. c) Ao contrário da interpretação da Procuradoria-Geral, não há que se falar em delito de infidelidade patrimonial (§ 266 StGB) por parte do acusado em prejuízo da BSR. De fato, o acusado possuía um dever de fidelidade patrimonial em relação ao seu empregador. No entanto, falta a desvantagem exigida pelo § 266 StGB. A formação tarifária fraudulenta foi vantajosa para BSR, porque ela recebeu compensações maiores pela taxa de limpeza do que receberia segundo as regras legais.
33. O representante da Procuradoria-Geral considera a possibilidade de uma tal desvantagem em razão de pedidos indenizatórios e custos processuais após a descoberta do estelionato. Esse tipo de dano, no entanto, não é imediato (BGHst 51, 29, 33; BGH NstZ 1986, 455, 456; Fischer, no local indicado, § 266 nm. 55). Ele pressupõe, em particular, um passo intermediário com a descoberta do fato. A comparação patrimonial global necessária para a verificação da desvantagem, no entanto, tem que se dar com base no plano fático realizado pelo autor.
34. d) Após a verificação das razões jurídicas, a dosimetria da pena também deve ser mantida. As considerações dirigidas contra a extensão do dano admitida pela LG, que, no processo contra o acusado G., levaram ao incremento da sanção na decisão de 9 de junho de 2009 deste Senado, não se aplicam em relação ao acusado W. Conforme as razões da decisão, a LG conferiu peso menor à extensão dos danos em relação a este acusado.
35. Ao contrário da interpretação da defesa, a LG considerou a motivação do acusado. A Corte observou, em particular, ter o acusado se subordinado ao executivo G. em razão de uma lealdade mal interpretada.
36. Também em relação à compensação de 20 dias-multa por conta do excesso de tempo processual, incompatível com o Estado de Direito, não há qualquer reparo a ser feito. Por conta de um excesso de tempo processual de 10 meses, corretamente estabelecido pela LG, esse montante se mostra suficiente, e em qualquer caso, livre de vícios jurídicos.
37. A LG também não era obrigada, por razões jurídicas, a aplicar a redução de pena do § 13 Abs. 2 StGB em conexão com o § 49 Abs. 1 StGB. O fundamento apresentado para tanto, de que o acusado teria tido, por meses, a oportunidade

de revelar o erro de cálculo, é aceitável. Isso se aplica, especialmente, diante do fato de que o acusado estava presente na reunião do comitê supervisor e foi o responsável pela ata na qual foi apresentada a tarifa erroneamente calculada.

38. A análise da adicional redução facultativa de pena segundo o § 17 Satz 2 StGB em conexão com o § 49 Abs. 1 StGB, de cuja ausência a revisão se queixa, não era necessária no presente caso, porque o acusado não se encontrava em nenhuma situação de erro de proibição. Não importa se o acusado sabia da punibilidade de seu comportamento como estelionato. O erro de proibição já é excluído caso o acusado conheça a antijuridicidade de seu atuar (aqui: sua omissão) (BGHSt 42, 123, 130; 52, 182, 190 s.; 52, 307, 313; BGHR StGB § 11 Amsträger 14). Segundo as razões da sentença, estava claro ao acusado que o cálculo da tarifa se deu em desacordo com a lei de limpeza de pavimentos públicos de Berlim e que ele, em razão de sua relação funcional, era obrigado a informar seu superior imediato, o presidente da empresa.
39. O valor do dia-multa estabelecido pela LG, no montante de 75 euros, é juridicamente irreparável (cf., a este respeito, Häger em LK, 12ª Ed. § 40 nm. 54 ss.; além disso, BGH wistra 2008, 19).

Assinam: Basdorf, Raum, Brause, Schneider e Dölp.