

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATHEUS VENANTE GUGELMIN

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR DELITOS
OMISSIVOS

CURITIBA

2018

MATHEUS VENANTE GUGELMIN

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR DELITOS
OMISSIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado ao curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA
2018

AGRADECIMENTOS

Escrevo estes agradecimentos após a minha última prova, em meio a uma crise de ansiedade. É preciso dizer, a academia é linda, essencial, mas é espaço muitas vezes perigoso à nossa sanidade. Aos que vem depois de mim, suplico: ouçam este que sai. Cuidem-se e nutram-se de boas energias. Sua saúde vale muito mais que aqueles números do *intranet* que, ao final de tudo, ao descerem estas escadarias, verão que não serve de muita coisa. Estejam ao lado das pessoas certas, aquelas que te fazem bem, te incentivam, te inspiram. À estas e estes, deixo minhas palavras.

Meus agradecimentos primeiros não poderiam ser à outra pessoa. Dedico absolutamente tudo, cada sentimento, cada lágrima, cada sorriso, cada vitória, à você, mãe. És uma fonte de inspiração permanente e meu amor maior. Tens muita coragem no peito e vontade de viver, isso me motiva. Muito obrigado pela oportunidade. Por enfrentar seus medos, as más línguas, a inveja e as taxas altíssimas do banco e me mandar para a “cidade grande”. Você investiu em mim. Isso jamais será esquecido. Agora, descanse. Você merece. Eu assumo daqui. Amo você.

Apesar da competição enorme e acirrada entre a primeira pessoa agradecida e esta que menciono agora, pelo posto de mulher da minha vida, tenho de dizer, minha irmã, vocês duas são. Agradeço, antes de tudo, pela presença. Arrisco em dizer que sabes mais de mim do que eu mesmo. Tenho muito orgulho da mulher que é e das suas lutas diárias para se tornar ainda melhor. Tens um coração enorme e uma alma gigante e, mesmo tentando esconder, já aprendi a te ler. Cinco anos, Isabelli, de eu e você. De desabafos diários sobre a rotina. De meios-filmes (sempre dormiu). De “é a sua vez de lavar a louça”. Ora. Eu, que tanto praguejo sobre morar sozinho, sair de casa, não consigo me imaginar sem você. Leve estas linhas contigo.

Maria Lúcia. Tenho de dizer seu nome, amor, à pedidos da minha mãe, que tanto o ama. Eu, na confusão dos meus pensamentos e desse ano conturbado, jamais imaginaria encontrar alguém tão leve e com tanto amor. Disse há algumas semanas, em meio a uma conversa contigo, a frase “é muito sentimento”. E é isso. Não consegui definir nada. E não vou! Não limitarei todos estes sentimentos em nenhuma palavra que seja. Corro contigo, meu amor. Agradeço pelo respeito que temos um pelo outro e por todas as experiências (e quantas), que vivemos juntos e permaneço ansioso para todas que estão por vir. Corro ao seu lado. A pé ou de bike.

Vinícius, você me inspira. És um ser incrível e iluminado. É uma honra dividir tantas coisas contigo. Somos reis, irmão. Falso poeta!

Isabel, vulgo “Lily”, és uma das melhores pessoas que resolveu entrar de cabeça nessa bagunça que sou eu. Assim mesmo, com intensidade, sem medo do que poderia encontrar. A vida me levou até você. E eu vou ficar. Acostume-se. Jogaremos damas juntos em um asilo por aí.

Stremel, meu irmão de alma, muito obrigado por tudo. Como não poderia de ser diferente, pergunto-lhe *quem tava lá?* Nós, meu mano. Espíritos independentes sempre. To contigo!

Mariana, vulgo “Brother”, você ilumina quem está do seu lado. Eu agradeço a Deus por tê-la colocado em minha vida. Te levo para sempre. Desejo-lhe um turbilhão de felicidade e amor. Estarei ao seu lado para vê-la irradiar como sol.

Débora, obrigado por me aguentar. É o que queria que eu escrevesse, não? Tenho de agradecer por todo o conhecimento, experiência e carinho que compartilhou comigo. Você, apesar de não acreditar, está entre as minhas principais fontes de inspiração e admiração. És uma mulher sensacional e uma chefe incrível. Me sinto honrado por poder trabalhar e dividir experiências contigo. Mais. Por, acredito eu, poder te chamar de amiga, sem que isso, prometo, afete nossa relação profissional. Agradeço pelo investimento e pelo companheirismo. Dedico a você as palavras de Isaac Newton: *Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes.*

Maíra, Rai, Lise, se estou me formando hoje, vocês estão entre as principais responsáveis. Vocês são meus presentes da faculdade que levarei para vida inteira. Muito obrigado por suportarem este doze meses que vos fala.

Pedro e Paulo, muito obrigado por tudo. Pelo compartilhamento de experiências, conteúdo, pelas discussões e pelos aprendizados. Ainda dividiremos bancas.

Professor Paulo, disse-lhe uma vez e repito quantas vezes preciso: não creio que seja humano. É uma fonte inesgotável de inspiração e conhecimento. És muito mais que orientador, é um inspirador. Não poderia exprimir em palavras, ainda que tentasse, o crescimento e a evolução que as conversas contigo me proporcionou. Tenho uma dívida eterna contigo, professor. Espero poder compensar-lhe por tudo o que fez por mim. Seguimos juntos.

À todas e todos que participaram de algum modo dessa intensa caminhada, principalmente você Leo (pensou que te esqueci, né?), meu muito obrigado.

Irmão, você não percebeu que você é o único representante do seu sonho na face da terra? Se isso não fizer você correr, chapa, eu não sei o que vai.

Emicida

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS *COMPLIANCE OFFICERS* NOS DELITOS DE OMISSÃO

Matheus Venante Gugelmin¹

RESUMO

O presente trabalho busca traçar alguns apontamentos caros à dogmática jurídico-penal a respeito da tratativa que se tem dado sobre a figura dos oficiais de cumprimento, também chamados "*compliance officers*", a importância desses atores no combate à criminalidade econômica, bem como os deveres que estes assumem perante a pessoa jurídica e às autoridades públicas de controle e fiscalização, mediante operações de delegação de competências e os limites a estas. Além disso, procura-se também, evidenciar se há ou não espaço para uma possível responsabilização criminal desses gestores de risco, em virtude da não evitação de um resultado típico, discutindo suposta posição de garantidor necessária para a caracterização dos crimes comissivos por omissão e, por fim, a imputação criminal do *compliance officer* pela quebra de deveres organizativos, os "delitos de infração de um dever".

PALAVRAS-CHAVE: compliance; autorregulação; responsabilidade; delegação; garantidor.

RESUMEN

El presente trabajo busca trazar algunos apuntes caros a la dogmática jurídico-penal respecto de la tratativa que se ha dado sobre la figura de los oficiales de cumplimiento, también llamados "*compliance officers*", la importancia de esos actores en el combate a la criminalidad económica, así como los deberes que éstos asumen ante la persona jurídica y las autoridades públicas de control y fiscalización, mediante operaciones de delegación de competencias y los límites a éstas. Además, se procura también, evidenciar si hay o no espacio para una posible responsabilización criminal de esos gestores de riesgo, en virtud de la no evitación de un resultado típico, discutiendo supuesta posición de garante necesaria para la caracterización de los crímenes comisivos por omisión y, por último, la imputación criminal del cumplimiento por la quiebra de deberes organizativos, los "delitos de infracción de un deber".

PALAVRAS-CLAVE: compliance; autorregulación; responsabilidade; delegación; garante.

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Superação dos mecanismos de heterorregulação: autorregulação e privatização do processo penal; 3. O “compliance officer” como empregado da pessoa jurídica: noções introdutórias à delegação; 4. A Delegação de competências. 4.1 - Os limites da delegação de competências; 5. Responsabilização penal: apontamentos iniciais. 5.1 – O específico potencial de atuação da empresa. 5.2 – O problema da posição de garante e a responsabilização pela conduta comissiva omissiva. 5.3 – Os delitos de infração de um dever; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Das inúmeras contribuições do professor Ulrich Beck para as diversas áreas do conhecimento, convém elencar uma das mais importantes: a estruturação da teoria da “sociedade do risco”. Uma alternância entre estado de segurança e de destruição, este último só podendo ser contido por modernas técnicas reflexivas.

Os programas de *compliance* nada mais são que técnicas reflexivas de controle e contenção de riscos, sendo o *compliance officer* um gestor destes, ou seja, uma resposta direta do mercado aos riscos inerentes à própria atividade econômica, visto que, segundo as teorias liberais, é desse mesmo risco que se legitima o lucro.

A razão para as inúmeras discussões a respeito de governança corporativa, técnicas de *compliance* e programas de cumprimento, encontra-se ligada a outro debate muito caro à doutrina jurídico-penal: a responsabilização penal das pessoas jurídicas, em verdade, mais político-criminal do que propriamente jurídico.

Além disso, levando em consideração o fato de que a aplicação do *compliance* se dá dentro de um mecanismo de “*autorregulação regulada*” ou “*co-regulação*”, ou seja, um sistema de trocas entre Poder Público e empresas privadas, discute-se também os benefícios que poderiam ser dados as pessoas jurídicas portadoras desse mecanismo de controle, afinal, seria ingênuo acreditar que o brado de luta contra a criminalidade empresarial seria motivo suficiente para essa cooperação.

Importa citar dois desses benefícios trazidos pela doutrina: (i) eximir de responsabilidade criminal a pessoa jurídica pela prática de delitos, como queria o

Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 1988², ou (ii) havendo responsabilização desta, atenuar a pena, nos moldes do artigo 31 bis 4 do Código Penal Espanhol³. É dizer, pode a pessoa jurídica ser eximida da responsabilidade penal pela instalação de um sistema de cumprimento de normas minimamente eficaz? Se não eximida de responsabilidade, a pena poderia ser atenuada?

Já no chamado direito penal clássico, aquele destinado às pessoas físicas, se discute o papel dos administradores/empresários das pessoas jurídicas e do *compliance officer*, bem como das competências, responsabilidades e deveres que cada um desses agentes possui. Para tanto, trabalha-se com aquilo que se convencionou chamar de “delegação de competências” e, como todo e qualquer outro mecanismo, a importância de se estabelecer limites para esse procedimento.

A título de exemplo, poderia o empresário, criador da fonte preexistente e permanente de perigo⁴, delegar, ainda que parcialmente, a posição de garante ao gestor de cumprimento. Mais. Caso fosse possível tal delegação, o *compliance officer* poderia ser responsabilizado pela não evitação de resultado típico?

A discussão não é simples e as preocupações são válidas, isto porque, há certo medo de funcionarem os programas de *compliance* como barreiras/escudos à responsabilização das pessoas jurídicas e como “bodes expiatórios” ou “*cabeza de turco*”⁵, liberando de responsabilidade penal os membros do órgão de administração da pessoa jurídica.

Além disso, há inúmeras espécies de responsabilização. Todas com requisitos para caracterização e efeitos diferentes. Veja-se. Ante a ocorrência de um ilícito penal, qual dos agentes poderia ser responsabilizado? Pelo resultado típico ou pela mera omissão? Como autor ou partícipe?

O objetivo deste trabalho, portanto, é demonstrar a enorme complexidade da matéria e a necessidade de regulamentação legislativa dos mecanismos de

² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em em derecho español. In: Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 30-31.

³ “(...) 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...)”.

⁴ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015. p. 172.

⁵ BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017. p. 17.

compliance, dado os enormes desdobramentos para outros setores da sociedade, principalmente econômico. Alguns países, há tempos, adotaram essa cultura de gestão de riscos e prevenção (França, Espanha, Holanda, etc.), mas no Brasil o tema ainda é jovem, e para uma correta estruturação e aplicação destes sistemas, é preciso diálogo com os setores da sociedade.

2. SUPERAÇÃO DOS MECANISMOS DE HETERORREGULAÇÃO: AUTORREGULAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Trata-se o Direito Penal do instrumento mais contundente que dispõe o Estado para exercer o controle social do intolerável⁶. É um mecanismo violento, político e desigual e, apesar de tudo, institucionalizado.

Ao Estado, detentor do *direito de punir*, incumbe exercer esse controle social. A falha é visível. Os escândalos de corrupção, lavagem de ativos, terrorismo, danos ambientais, etc., levaram o combate à criminalidade econômica ao plano internacional (*vide: Caso Siemens, World-Com, Enron e Parmalat*). Riscos múltiplos, contenção complexa⁷.

O resultado não poderia ser outro: Iniciativa privada, com sistemas empresariais modernos e complexos *versus* instituições públicas de investigação e controle, carentes de equipamentos mínimos para funcionamento.

Diante deste cenário, cogitou-se a possibilidade de delegação de determinadas competências originariamente públicas a estas pessoas jurídicas como uma tentativa de conter o avanço da criminalidade empresarial. Algo que a doutrina convencionou chamar de “autorregulação”.

Neste ponto é preciso tomar alguns apontamentos. Para tanto, cumpre diferenciar alguns conceitos: autorregulação pura, co-regulação estatal e privada ou “autorregulação regulada” e a heterorregulação, puramente estatal.

O tema é abordado de maneira muito lúcida por SIEBER (2013, p. 10), ao explicar:

⁶ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2015: p. 1.

⁷ COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 44.

*Mientras que la pura “autorregulación” deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la co-regulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por ello, la co-regulación es designada como la “autorregulación regulada”, la cual, en cuanto a la discrecionalidad de contenido concedida, a los “creadores” de los programas previstos así como a las estructuras de estímulo o de presión empleadas, presentan diversas formas mixtas e intermedias que van desde la “autorregulación” hasta la regulación estatal”.*⁸

Assim como os defensores da mão invisível smithiana, aqueles que defendem a autorregulação pura das empresas (*unconstrained freedom*) fecham os olhos para a realidade. Não parece coeso, tendo em conta os inúmeros casos de criminalidade empresarial praticados por pessoas jurídicas, transferir para estas a competência de fiscalizar e julgar a si mesmas⁹.

Em outras palavras, é um sistema absolutamente à margem do Poder Público¹⁰, podem consistir na mera catalogação de princípios ou *standards* gerais, ou conter normas e diretrizes concretas para evitação, regulação e supervisão de riscos e, no caso da ocorrência destes, mecanismos sancionatórios aptos a coibir novos delitos.

A adoção desse modelo não parece ser a resposta. O mote da “responsabilidade social empresarial” nunca foi suficiente para coibir a prática de delitos. Mais. Nesse caso estaríamos diante de uma privatização do direito penal e processual penal, visto que, diante da adoção dessa prática, a gestão da prova estaria nas mãos das pessoas jurídicas, que poderiam escolher o que levar ao conhecimento das autoridades públicas¹¹. É preciso cuidado. Apesar da internacionalização da luta contra a criminalidade econômica e de seu consequente expansionismo, é preciso levar em consideração as diferenças nos objetivos do Estado e dos entes privados.

⁸ SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: NIETO, Adan. El derecho penal económico en la era de la compliance. Editorial Tirant lo Blanch: enero, 2013. p. 10.

⁹ BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017. p. 5.

¹⁰ COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 48 – 49.

¹¹ ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 28, nº 1, 2018. p. 121 – 126.

A preocupação, portanto, é de transformar os sistemas de *compliance* numa hipótese de “*escudo y el imán*”¹², ou seja, funcionando como um escudo para evitar a responsabilidade penal de entes coletivos e, também, como ímã para atrair aos gestores de risco a eventual responsabilidade remanescente dos diretores da pessoa jurídica.

Vale o antigo provérbio português: nem tanto ao céu, nem tanto à terra.

De um lado, um mecanismo puramente estatal, que já se demonstrou falho e atrasado, deixado para trás pelo crescimento econômico, o fenômeno da globalização e o conseqüente desenvolvimento das técnicas e sistemas empresariais - é dizer, o Estado não só não dispõe de recursos financeiros suficientes para coibir a criminalidade empresarial, como também, não sabe como o fazer. De outro, um modelo liberal em excesso (*laissez-faire*), preocupado com interesses privados e que não se encontra atualmente em condições de garantir o cumprimento das normas.

Neste trabalho, portanto, defende-se, a aplicação da chamada “*autorregulação regulada*”, ou co-regulação, caracterizada pela atuação conjunta do Estado com as pessoas coletivas detentoras da atividade econômica.

Dentro desse modelo “*enforced self-regulation*”, é possível verificar três variantes. COCA VILA¹³ destaca três: (i) *delegated self-regulation*, no qual o Estado delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a revisão, supervisão e sanção da empresa; (ii) *devolved self-regulation*, onde há uma transferência do poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém o poder de revisão e, por último, o (iii) *cooperative self-regulation*, variante defendida neste trabalho, procedimento no qual o Estado atua “lado a lado” com as empresas, na elaboração de sistemas de regulação.

Ao primeiro incumbe a elaboração de diretrizes e normas que estimulem a criação de mecanismos de prevenção e autorregulação, bem como, regras gerais para o planejamento e criação de sistemas de *compliance* dentro das pessoas jurídicas. Construção, portanto, conjunta. Diretrizes genéricas estabelecidas em lei, cabendo às empresas a incorporação nos seus programas internos com base especificidades da atividade econômica.

¹² BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017. p. 6.

¹³ COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 51.

Ora, sob um ponto de vista utilitarista: Se o Estado é ineficaz para regular as empresas externamente na prevenção da criminalidade empresarial, por qual razão não se valer destas para concretização de seus objetivos?

É claro que, para o sucesso desse modelo de regulação, é preciso estabelecer um sistema de benefícios. Deve haver estímulo à colaboração, até porque, a instalação de um setor de *compliance* no interior da empresa demanda recursos financeiros e pessoais.

Sobre isso, discute a doutrina sobre a possibilidade do *compliance officer*, se minimamente eficaz, funcionar como eximente de responsabilidade penal das pessoas jurídicas ou como algo a ser levado em consideração no momento da fixação da pena, atenuando-a, nos moldes do disposto no Código Penal Espanhol¹⁴. A discussão é cara, mas não será objeto de estudo neste momento.

3. O COMPLIANCE OFFICER COMO EMPREGADO DA PESSOA JURÍDICA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS À DELEGAÇÃO

Para traçar os contornos a respeito da responsabilidade penal dos *compliance officers*, inicialmente, é necessário fazer alguns apontamentos.

Os sistemas de *compliance*, como já dito, são mecanismos de prevenção que objetivam a gerência os riscos da atividade empresarial, instalando uma cultura de cumprimento de normas e observância aos princípios de ética e integridade corporativa.¹⁵

Estes responsáveis pela gestão de riscos, portanto, desempenham papel fundamental dentro da organização empresarial e na atividade econômica como um todo. Entretanto, é preciso que se reconheça que este ostenta posição de funcionário e/ou empregado da empresa, ainda que em nível hierárquico superior aos demais.

Os gestores de riscos são contratados para gerir riscos alheios. Riscos da pessoa jurídica, como fonte de perigo permanente, representada por seus sócios/administradores, aqueles que possuem o dever de proteção, fundamentado na

¹⁴ “Artículo 31 bis, (...) 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...)”.

¹⁵ SANCHEZ RIOS, Rodrigo. Criminal compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. Revista dos Tribunais Online, 2015. p. 2.

existência de *desvios (sesgos)*¹⁶ cognitivos em seus funcionários¹⁷, dos bens jurídicos da própria empresa, dos seus funcionários e, principalmente, bens jurídicos de terceiros alheios a atividade empresarial.

E mesmo que se estabeleça altos níveis de independência e autonomia entre a alta cúpula da empresa e os *compliance officers*, deve ser reconhecida uma relação de trabalho, seja contratual ou de natureza de prestação de serviços, marcada, principalmente, pela subordinação.

Outrossim, essas posições devem estar devidamente distribuídas, definindo-se de forma clara quais são as posições e deveres assumidos por cada um dentro da empresa, a fim de que seja possível identificar o responsável por cada fato e torne mais difícil que a responsabilidade se dissolva dentro dos diversos níveis empresariais.¹⁸

Veja-se que não é possível distribuir a responsabilização criminal entre todos os envolvidos de maneira equânime. As posições hierárquicas e as específicas posições de garantias assumidas por relação de trabalho ou contrato devem ser sopesadas.

É possível responsabilizar os oficiais de cumprimento pela ocorrência de um resultado típico enquanto suas posições estão subordinadas à decisão final dos sócios? A solução estaria na contratação de empresas terceirizadas para que realizem a gestão destes riscos? Afastar-se-ia a hierarquia nas decisões de risco?

Aqui, parece que não há que se falar em hierarquia entre os terceiros gestores do risco e os administradores da empresa contratante, por se tratar de estruturas empresariais diversas (Aliás, estes mesmos oficiais de cumprimento podem ocupar cargos de administração na empresa contrata - o exemplo serve para evidenciar a complexidade destas estruturas empresariais).

Todavia, os gestores de risco respondem àqueles que os contratam. Seja em caso de contrato empregatício dentro das estruturas da empresa, seja por termos de

¹⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier. Barcelona, 2013: p. 265 – 267.

¹⁷ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015: p. 172 – 173.

¹⁸ COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier. Barcelona, 2013: p. 58.

prestação de serviços externos. Há uma relação econômica e jurídica que liga o contratante ao contratado.

Compreender a figura do *compliance officer*, e a posição que esse ocupa dentro da empresa e no combate à criminalidade econômica é fundamental, para que não se defenda que o oficial de cumprimento, a depender de suas atribuições, teria condições de responder em igualdade com os administradores da pessoa coletiva, como garante¹⁹. Ou seja, responsabilizado pela não evitação do resultado.

Certo é que o *compliance* nada mais é que uma descentralização de competências, originárias dos diretores da pessoa jurídica. Um esforço para minimizar os riscos da responsabilidade penal das empresas, dos seus órgãos e trabalhadores, através da incorporação de mecanismos preventivos, minimamente eficazes. Não deve ser entendido, portanto, como um mecanismo que objetiva preservar os membros diretivos da empresa de uma imputação penal por delitos no âmbito da atividade empresarial²⁰. Ao menos, é isso que se pretende coibir.

4. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

As maiores discussões a respeito da responsabilidade penal dos *compliance officers* e dos administradores da pessoa coletiva surgem sob a ótica da delegação de competências, mecanismo utilizado para verificar, no caso concreto, os deveres que esses dois agentes econômicos possuem perante a pessoa coletiva e as autoridades públicas, bem como quais dessas competências poderiam ser delegadas/transferidas.

Pois bem. Parece coeso defender que os riscos decorrentes da atividade empresarial devem ser suportados por aqueles responsáveis pelo lançamento da atividade no mercado, no caso os sócios, entretanto, estes podem e, geralmente o fazem, delegar determinadas competências à determinadas pessoas, liberando-se, assim, de certas responsabilidades.

Modifica-se, portanto, o campo de competências dos dois agentes, razão pela qual os programas de cumprimento dentro destas empresas, devem ser criados em conjunto, ou seja, deve haver uma postura ativa dos administradores da empresa e

¹⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Edisofer: Madrid, 2013. p. 157 – 158.

²⁰ GARCIA CAVERO, Percy. Compliance y Lavado de Activos. Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE), 2015. p. 5.

os responsáveis pela gestão de riscos, esse último deve participar da construção dos mecanismos de prevenção privados. Isso porque, as consequências que advêm da assinatura de um contrato de adesão podem ser vistas nas relações de consumo e da sobrecarga das instituições de defesa do consumidor.

A razão é simples: evitar que o *compliance officer* seja utilizado pelos administradores da pessoa coletiva como um bode expiatório, ou “cabeza de turco”²¹, para a prática de ilícitos.

Parte-se, portanto, da ideia que os oficiais de cumprimento não possuem competências inatas à sua função, ou seja, não são automáticas e/ou implícitas. Toda e qualquer delegação de funções ou assunção de responsabilidade deve ser realizada de maneira expressa e devidamente acordado por ambas as partes.

Sobre isso, importa diferenciar dois institutos facilmente confundíveis, trabalhados com profundidade por MONTANER FERNANDEZ²², que são: transferência e delegação de competências.

A palavra-chave para entender tal diferenciação é desvinculação.

Nas hipóteses de transferência, o transferente se desvincula de suas competências originárias, razão pela qual, não restariam a competências residuais. As competências transferidas, são aquelas que não possuem residual de vigilância, percebe-se, portanto, um assenhoreamento da competência transferida por parte do transferido. Em muitos casos a transferência de competência não só modifica o campo de competência do transferido, como também pode alterar a condição do agente transferido dentro da empresa, conforme será trabalhado posteriormente.

A delegação, por outro lado, é o ato pelo qual o delegante (administrador, empresário ou integrantes do conselho de administração), atribui determinadas competências e/ou funções ao delegado, seu subordinado²³. Nesse caso, há um relaxamento no âmbito de competências e, conseqüentemente, de responsabilidade.

²¹ BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017. p. 17.

²² MONTANER FERNANDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). p. 743.

²³ Em regra, o *compliance officer* possui o dever de implantar e gerir o programa de *compliance*, adquirir todo o conhecimento sobre o seu cumprimento e adequado funcionamento, corrigir falhas no programa e comunicar a alta administração ou outro órgão responsável sobre faltas/ilícitos praticados, para que a alta administração tome providências necessárias. Nesse sentido: FORIGO, Camila Rodrigues. A Figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilização Penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 119.

Todavia, não há que se confundir com exoneração de responsabilidade. Fala-se, aqui, em deveres residuais.

Alguns autores, inclusive, diferenciam a delegação de competências de *encargo de execução de determinada função*, sendo que este último não modifica o campo de competências daquele que recebeu o encargo.²⁴

Veja-se que a palavra execução está vinculada a quem exarou a ordem de execução. Ordens são emitidas por superiores hierárquicos. Implica dizer, portanto, que o delegante ainda se encontra vinculado à competência delegada, ainda que como um vigilante e/ou supervisor, dever este que fundamenta sua posição de garante. Afinal, este mesmo delegante pode revogar a delegação e tomá-la para si novamente. É somente porque a expansão e a complexidade da empresa não permite ao empresário cumprir sozinho com todos os deveres que recaem sobre si que se faz necessária referida delegação.²⁵

4.1 – OS LIMITES DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Para tratar da delegação de competências e de responsabilidades, faz-se imprescindível estabelecer algumas limitações. O motivo é simples: a auferição da responsabilidade penal será auferida com base no campo de competências e na posição que o responsabilizado ocupa dentro da empresa, bem como de seus deveres e os mecanismos de que dispõe para cumpri-los.

Inferese, pois, que a delegação de funções não pode se dar de maneira exaustiva²⁶, sob pena de subverter a própria figura do *compliance officer* e transformá-lo, em verdade, em um administrador/sócio. Mais. A competência a ser delegada deve ser de sua responsabilidade, como garante, afinal, só se pode atribuir uma responsabilidade a outro se, inicialmente, esta for sua.

Além disso, nas hipóteses de delegação de competências, como visto, o delegante não é exonerado da responsabilidade de supervisionar, razão pela qual, alguns autores trabalham com a ideia de “deveres residuais”. Estes deveres, em

²⁴ MONTANER FERNANDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). p. 744 – 750.

²⁵ FORIGO, Camila Rodrigues. A Figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilização Penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 121.

²⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – compliance officer – ante el Derecho Penal. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 324 – 325.

verdade, precedem a própria modificação do âmbito de competências, são inatos aos delegantes, como criadores de uma fonte de risco. São competências, portanto, originárias, não residuais.

Ora, se há delegação das funções de vigilância essa deve se dar de maneira parcial, ou o *compliance officer*, este irá exercê-las em si mesmo? Vigiará e controlará a si mesmo? É preciso que haja supervisão daqueles que delegaram a competência, pois, caso contrário não falaríamos em delegação de funções, mas sim, em transferência, como dito anteriormente.

As diferenças entre os *compliance officers* e os administradores da pessoa jurídica são várias, razão pela qual não se pode responsabilizá-los da mesma maneira. Os administradores ou sócios da pessoa jurídica figuram como verdadeiros “donos” da atividade empresarial, são aqueles comprometidos com a relação da atividade e com seu impacto no mercado, conseqüentemente, com os riscos para terceiros estranhos à sociedade, ou seja, possuem uma dimensão dupla: evitar resultados lesivos à empresa (*ad intra*) e a terceiros (*ad extra*).²⁷

É certo que o *compliance officer* se encontra em posição privilegiada dentro da empresa, isso permite maior “proximidade com o alto escalão da pessoa jurídica”, o que a doutrina jurídico-penal convencionou a chamar de “direito de escalada”.²⁸ Isto porque, para o adequado cumprimento de suas atribuições, a posição a ser ocupada pelo *compliance officer* dentro do organograma empresarial deve se situar logo abaixo da alta administração, sendo hierarquicamente superior a todos os demais funcionários.²⁹

Mas tal privilégio ainda não supre a principal diferença entre estas figuras: o *poder de decisão* de frear atividades ilícitas e impedir o fato típico.

Implica dizer que o *compliance officer* não detém poderes para frear ações da empresa que possam causar impactos negativos. Mais. Podem os administradores/sócios, de acordo com os interesses da pessoa jurídica, desconsiderar a orientação do *compliance*. Por óbvio, o gestor de riscos, está comprometido com a não concretização dos riscos e o bom desenvolvimento da

²⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Edisofer: Madrid, 2013. p. 157 – 158.

²⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – compliance officer – ante el Derecho Penal. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 321.

²⁹ FORIGO, Camila Rodrigues. A Figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilização Penal. Multifoco: Rio de Janeiro, 2017. p. 125.

atividade empresarial, isso diz respeito a uma realidade de mercado e trabalho, entretanto, no limite de suas competências e deveres, justamente em virtude de sua posição no organograma empresarial: o *compliance officer* está subordinado à alta administração.

Importa ressaltar, também, que as “*funções-estandar*”³⁰, quais sejam, dever de informação, capacitação e comunicação, bem como assessoramento dos membros da empresa e o dever de vigilância e reporte de informações ao *compliance officer* não afastam o dever do delegante de fiscalizar. seus deveres devem se limitar a obter a informação sobre possíveis ilícitos e transmitir esta informação ao sujeito competente à sua correção.

Ora, não se discute que obviamente deve haver uma atuação conjunta entre os programas de prevenção e os administradores da empresa, afinal, ambos atuam a favor da empresa. O que está em jogo é a ilusória autonomia e independência dos sistemas de prevenção, que invariavelmente estão subordinados à alta administração da empresa. Em outras palavras, é a (im) possibilidade de que os gestores assumam, *posição de garante* em relação à integralidade dos riscos da atividade empresarial.

E aqui importa advertir que essa impossibilidade decorre de um fator que merece ser ressaltado no *compliance corporativo*: por mais completo que seja um programa de integridade, é improvável que ele seja capaz de acabar completamente com a prática de irregularidades, o que não significa dizer que não são eficazes.

Enfim, não se pode defender um *status* de horizontalidade que não existe. Até porque, apenas uma das partes envolvidas na delegação pode revogá-la. As relações dentro das empresas são verticais, os órgãos são “*órgãos-vértices*”³¹ por isso a responsabilização, à luz do princípio da culpabilidade, deve ser diferente.

5. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL: APONTAMENTOS INICIAIS.

É certo que a ideia de responsabilização está atrelada à tentativa de conter ou, ao menos, reduzir a criminalidade econômica, isto só é possível mediante a

³⁰ MONTANER FERNANDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). p. 751 – 752.

³¹ GUARAGNI, Fabio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In: BUSATO, Paulo Cesar. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015. p. 86.

estruturação, primeiramente, de um sistema de investigação e controle eficiente e, posteriormente, de um sistema de responsabilização adequado.

Isto porque, já foi dito que os sistemas de cumprimentos são um conjunto de medidas que visam garantir o cumprimento das normas³², por parte de todos os integrantes da empresa, desde o presidente ou administrador-chefe da pessoa jurídica até os funcionários e empregados. O principal objetivo do *compliance* é a prevenção, para isso, a pessoa jurídica pode adotar inúmeras medidas. A principal citada pela doutrina são os canais de denúncia interna (*whistleblowing*), relativamente novo na Espanha, mas adotados há muito nos Estados Unidos.

Tal mecanismo, pautado no diálogo e, principalmente, na transparência, não só contribui para uma melhora nos quadros de governo corporativo e ética empresarial, como também, é eficaz para o descobrimento de fatos ilícitos pelas autoridades públicas (*vide Caso Enron e WorldCom*) e, conseqüentemente, sua punição. Nos Estados Unidos, a lei federal *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 tornou obrigatória a implantação de serviços de informação interna que permita levar até aos administradores, ou “comitê de auditoria” possíveis irregularidades contábeis.³³

Além do dever de informação do *compliance officer* para com os administradores das empresas, discute a doutrina, também, se há obrigatoriedade de comunicar as autoridades públicas ante o conhecimento da prática de delitos. E, em caso de omissão dessa informação, a possibilidade de responsabilização criminal dos gestores de cumprimento e/ou dos administradores da empresa, pelos *delitos de infração de dever*, que serão tratados posteriormente

5.1 – O ESPECÍFICO POTENCIAL DE ATUAÇÃO DA EMPRESA.

No modelo de *autorregulação regulada* ou “*co-regulação*”, defendido neste trabalho, incumbe ao Poder Público, ante a descoberta da prática de determinado crime, aplicar a sanção que entender adequada para combater a criminalidade empresarial, desestimulando a prática de possíveis futuros ilícitos (função geral da

³² ARTAZA VARELA, Osvaldo. Programas de cumplimiento. Breve descripción de las técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. EDISOFER, 2014: p. 237 – 238.

³³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 161 – 164.

pena), bem como, neutralizar aquelas empresas que contrariam as regras do jogo (função especial da pena).³⁴

Entretanto, para fins de responsabilização dos oficiais de cumprimento (*compliance officers*), os estudos serão limitados aos casos em que a conduta ilícita se dê no âmbito da atividade econômica da pessoa jurídica, em detrimento daquilo que se convencionou chamar de *específico potencial de atuação da empresa*³⁵, ou seja, dentro daqueles delitos que incumbe a empresa, como expressão de uma fonte de perigo contínua e permanente, impedir.

A razão disto é simples: há uma quantidade enorme de crimes que podem ser cometidos dentro de estruturas empresariais, desde delitos de natureza patrimonial (furto, roubo, apropriação indébita, etc.), como ambientais e até mesmo sexuais, estes evidentemente ainda mais estranhos à atividade empresarial.

Além disso, em virtude do pouco espaço para discussão, apenas será trabalhado com as hipóteses de omissão, próprias e impróprias, sem que para isso o debate perca sua importância, afinal, parafraseando Lascuráin Sanchez (2014, p. 304): “*Como los carinões, hay omisiones que matan, o lesionan, o, em general, a las que podemos atribuir resultados desvaliosos, de um modo equivalente a como lo hacemos respecto a las acciones*”.³⁶

5.2 – O PROBLEMA DA POSIÇÃO DE GARANTE E A RESPONSABILIZAÇÃO PELA CONDUTA COMISSIVA OMISSIVA

Pois bem, conforme concluído nos capítulos anteriores, o *compliance officer* não assume e não deve assumir, nenhuma posição de garantia, visto que, é um gestor de riscos com o dever de informar, vigiar e controlar determinadas condutas, ou seja, resta excluída de imediato a possibilidade de responsabilizá-lo por delitos já cometidos pela empresa. Isto porque, não há como gerir, muito menos prevenir, um risco já concretizado. Aliás, já não se trata de um risco, mas sim de um fato ilícito, extrapola, portanto, a competência do gestor.

³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação Judicial. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005. p. 6 – 9.

³⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – compliance officer – ante el Derecho Penal. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 326.

³⁶ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al Oficial Ryan: Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Edisofer: 2014. p. 304.

A problemática, no entanto, encontra-se no “meio do caminho” da atividade do oficial de cumprimento. Ou seja, situações em que, o *compliance officer*, sabendo de atividades ilícitas dentro da empresa, não repassa tal informação dos administradores, rompendo com o dever expressamente assumido no momento de sua contratação e na elaboração do programa de prevenção.

Sabe-se que, no que tange à conduta, os delitos podem ser divididos em comissivos - praticados mediante um agir - e omissivos - praticados mediante uma omissão. Ainda, os omissivos subdividem-se em próprios e impróprios, os primeiros caracterizados como um não fazer e os segundos como um fazer, realizados por uma conduta omissiva, sendo este último um delito de resultado, ou seja, consistem em um não impedir a produção do resultado face a posição de garante do agente.

Sobre isso, falou-se anteriormente que não há posição de garante do oficial de cumprimento, haja vista, este não assumir, e não ter condições, de evitar o resultado³⁷, contrariando o entendimento do BGH (*Bundesgerichtshof*), alemão, que se manifestou pela condenação dos diretores do departamento jurídico e da auditoria externa, no caso *Siemens*.³⁸

Segundo esse modelo, a responsabilização seria dada de maneira igual, ignorando duas principais diferenças entre os agentes empresariais: (i) a pessoa jurídica é, em sua essência, uma fonte de perigo, criada pelos sócios e administradores; (ii) os oficiais de cumprimento possuem somente um compromisso para com os interesses da empresa - interno -, não comportando em seu âmbito de competências os riscos que a atividade empresarial pode gerar para terceiros.

Ora, a conduta omissiva imprópria é igualmente desvalorada, em razão de que o resultado lesivo poderia ter sido evitado se o omitente tivesse agido, mediante uma ação esperada pelo direito³⁹.

Como visto, falta ao *compliance officer*, poderes decisoriais de veto ou de prosseguimento de determinada ação, implica dizer, ainda que se sustentasse um dever de agir, faltaria a possibilidade de agir. São, em verdade, intermediários, não possuem competências para impedir o resultado, pois mesmo que este agisse no

³⁷ MONTANER FERNANDEZ, Raquel. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 156 – 158.

³⁸ SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: NIETO, Adan. El derecho penal económico en la era de la compliance. Editorial Tirant lo Blanch: enero 2013. p. 2.

³⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2015. p. 288.

sentido de informar os administradores, estes poderiam ignorar as orientações e o resultado típico se produziria da mesma forma.

Na legislação brasileira, é o art. 13, §2º do Código Penal que define as três possibilidades para se apurar um dever de agir ⁴⁰, quais sejam: (i) hipótese em que a pessoa tenha por lei obrigação de cuidado; (ii) hipótese em que a pessoa assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e (iii) hipótese em que a pessoa, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

As duas primeiras foram amplamente discutidas. A conclusão que se teve quanto a primeira hipótese é a de que não se pode sustentar uma posição de garantidor, isso implica a exclusão da segunda, pois, se não há posição de garante, não há compromisso para com o impedimento do resultado.

Não foi trabalhado, no entanto, o disposto na alínea 'c' do artigo supracitado, no que diz respeito à criação do risco.

Veja-se: o oficial de cumprimento gere os riscos oriundos da própria criação da atividade empresarial e riscos criados por terceiros.

Há quem defenda que o oficial de cumprimento, ao adotar uma postura omissiva com relação ao repasse de informações aos seus superiores, incrementa um risco já existente. Tal assertiva pode encontrar, de fato, consonância com a realidade, mas não é suficiente para justificar sua responsabilização, eis que ordenamento jurídico brasileiro, não dispõe de um tipo penal para essa “*incrementação*”. Só há punição penal pela concretização do risco a quem lhe deu causa, ou seja, o criou com seu comportamento anterior.

É certo que se podem tecer inúmeras críticas ao artigo 13 do Código Penal Brasileiro⁴¹, no que tange à falta de sintonia com a realidade, principalmente empresarial, entretanto, não se pode desconsiderá-lo e subverter o princípio da legalidade. A mudança, portanto, deve ser uma escolha legislativa, atribuir posições de garante em virtude de acordos/contratos entre particulares não parece ser a melhor saída.

⁴⁰ Art. 13 – O resultado de quem depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...) §2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁴¹ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015. p. 167 – 168.

Ausentes os elementos “poder” e “dever” que caracterizam o tipo, portanto, tem-se por considerar atípica a conduta dos oficiais de cumprimento ante a ocorrência de um fato ilícito.

Isso porque, além da *fundamentação material* da posição de garantidor, no que tange ao desvalor da conduta, é necessária uma *fundamentação formal*, visto que não existe responsabilidade penal sem lei (art. 5º, inc. XXXIV, CFB).

Implica dizer, o fundamento da posição de garantidor, ou seja, do *dever especial de agir para evitar o resultado*, deve ser legal, não extrapenal.⁴²

5.3 – OS DELITOS DE INFRAÇÃO DE UM DEVER

A discussão, no entanto, não acaba aqui. Afastada a possibilidade de se atribuir responsabilidade ao *compliance officer* pela produção do resultado, parte da doutrina fala em responsabilização pela quebra de deveres, os chamados *delitos de infração de um dever*.

Trata-se de uma responsabilização criminal, portanto pública, em virtude de deveres assumidos por particulares (extrapenais), no momento de sua contratação e da aprovação do programa de cumprimento. Em outras palavras, é uma responsabilização em virtude do chamado *non-compliance*.

Por mais estranho que possa parecer, tal opção já foi adotada em países como Espanha⁴³ e Alemanha (§ 130 OWiG - Lei de Contravenções Alemã).⁴⁴

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 470, também conhecida como “Mensalão”, sustentou a condenação dos diretores do Banco Rural pelo crime de lavagem de dinheiro por suposta quebra de *deveres de compliance*.⁴⁵

⁴² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Marcial Pons: São Paulo, 2017. p. 84 – 85.

⁴³ Artículo 450 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

⁴⁴ MONTANER FERNANDEZ, Raquel. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 156 – 157.

⁴⁵ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015.

Nesse ponto, tenta-se imputar uma conduta omissiva pura, ou própria, ao oficial de cumprimento que, possuindo o conhecimento da prática de atividades ilícitas, não repassa referida informação aos seus superiores hierárquicos/delegantes.

Veja-se que para a caracterização de crime omissivo em análise bastaria um “*deixar de fazer*”, não exigindo para tanto um resultado desvalorado, nos moldes do art. 135 do Código Penal.⁴⁶

Ora, é sugestivo que o *compliance officer* deva responder de alguma forma pelo descumprimento daquilo acordado contratualmente, por isso a importância da construção de um sistema de cumprimento que trata, expressamente, dos riscos que o gestor de cumprimento aceitou evitar e como aceitou fazê-lo⁴⁷, mas é de se questionar a eficácia de uma possível imputação criminal a este agente. Os mecanismos internos de sanção, a exemplo da suspensão ou desligamento do funcionário, parecem ser mais adequados e suficientes. Ou a pena para esse tipo penal deveria ser tão alta para evitar a substituição da pena de liberdade por restritiva de direitos que, ao final das contas, seria o desligamento ou a suspensão já citada anteriormente?

Entretanto, na legislação brasileira, percebe-se uma introdução dos mecanismos de *compliance* no combate à corrupção e lavagem de dinheiro, haja vista o disposto no art. 10 da Lei 9613/98⁴⁸, que estabelece deveres de manutenção de registros e criação de sistemas de identificação⁴⁹, bem como o dever de comunicação de operações financeiras (art. 11).

De todo modo, as sanções previstas na referida lei possuem natureza administrativa, conforme se verifica no art. 12⁵⁰. Além disso, tais sanções parecem suficientes: (i) multa pecuniária de até vinte milhões de reais e (ii) cassação ou

p. 190; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Saraiva: São Paulo, 2015. p.198 e ss.

⁴⁶ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

⁴⁷ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. *Compliance e Direito Penal*. Atlas: São Paulo, 2015. p. 192.

⁴⁸ Art. 10. As pessoas referidas no art.9º: (...) III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (...).

⁴⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 273.

⁵⁰ CAPÍTULO VIII – DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA (...).

suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou financiamento, entre outras.

Também, há diretrizes e regulamentações feitas por instituições públicas, que objetivam a prevenção e persecução da criminalidade econômica, como é o caso das Cartas Circulares do BACEN nº 3.461 de 23 de julho de 2009 e 3.542 de 10 de março de 2012, bem como a Resolução nº 020 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF.⁵¹

Ora, sabe-se desde Beccaria que o que desestimula a prática de crimes não é a gravidade da sanção, mas sim a certeza da punição. Deve haver, portanto, busca por melhorias nas instituições públicas responsáveis pelo controle e investigação desses delitos, não expansionismo penal.

Dessa forma, não havendo disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro, pela responsabilização penal dos chamados “*delitos de infração de dever*”, tem-se que a conduta omissiva do *compliance officer* é atípica, haja vista, as exigências do princípio da legalidade, que condiciona a atuação do Estado, impondo limites formais para sua atuação que é o mecanismo legislativo.⁵²

Os anseios da sociedade pela responsabilização merecem atenção, mas é preciso cautela. Oferecer respostas imediatas a problemas complexos não é o melhor caminho a ser seguido. O *criminal compliance* é um mecanismo no Brasil e ainda precisa de reparos. A evolução deve ser paulatina e discutida com os órgãos do Poder Legislativo. Não cabe à doutrina, ainda jovem sobre o tema, definir as diretrizes a serem seguidas. A criminalidade econômica é sistêmica/estrutural, o combate também deve ser.

Já foi bem pontuado, por SAAD-DINIZ (2015, p. 209):

Pretender utilizar a autorregulação como simples instituto de imputação de um Direito Penal tradicional, como aparentemente se fez, e ignorando-se as particularidades (erráticas) da lei nacional, equivale a uma perigosa confusão de institutos e de Escolas, podendo gerar unicamente punições esvaidas de justificativa, não raro com infrações de direitos fundamentais das pessoas físicas imputadas.

⁵¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 273.

⁵² BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2015. p. 27 – 28.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se no presente trabalho mostrar que tão complexos os sistemas econômicos e estruturas empresariais, o são os mecanismos de prevenção e contenção de riscos adotados como resposta.

Por isso, a preocupação da doutrina não só é válida como fundamental na tratativa do debate.

Explico. Os programas de prevenção, mais especialmente o *criminal compliance*, surgiram como uma resposta à internacionalização do combate ao terrorismo, lavagem de dinheiro, corrupção, etc. As origens, por si só, são de grande importância. Subvertê-lo em benefícios particulares, seria, portanto, mais uma perda.

O medo é o de que esses mecanismos de prevenção caminhem na direção oposta daquilo que se propuseram a combater e sirvam como um obstáculo para a persecução de atividades ilícitas e responsabilização dos agentes empresariais.

Há competências que não devem ser delegadas. São originárias daqueles detentores da atividade econômica, os empresários, que se beneficiam daquele lucro, legitimado na existência do risco.

O que é delegado é o dever de informação, de controle de riscos e de vigilância, parcialmente, não suficientes para embasar uma suposta posição de garantia e igualdade hierárquica entre os agentes. Defender que o *compliance officer* assume o dever de evitar a produção do resultado, mesmo não tendo poderes para tanto, é criar um bode expiatório, ou “*cabeza-de-turco*”.⁵³

O princípio da confiança não pode embasar uma falsa percepção de horizontalidade nas relações e justificar posições de garante inexistentes e que implicam em riscos na seara penal.

Os programas de cumprimento são excelentes medidas a serem adotadas no combate à criminalidade empresarial, mas devem ser utilizados de maneira ética⁵⁴ e, principalmente, legal. As diretrizes devem ser dadas por intermédio de lei, sob pena de se tornar um mecanismo de proteção das empresas e empresários frente à responsabilização de atividades ilícitas.

⁵³ BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017. p. 17.

⁵⁴ MOTTA CARDOSO, Débora. Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 1ª ed. LiberArs: São Paulo, 2015. p. 38 – 41.

Ou seja, considerando que não existem atividades criminosas, *per si*, é preciso que haja um enquadramento entre ação e tipo penal, inexistente, no caso de infrações de dever, tratado anteriormente.

Também, verifica-se que não há possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer* pelos delitos de comissão por omissão, visto que esse não ostenta posição de garante quanto à evitação do resultado.

Por fim, para se sustentar uma autorregulação regulada eficaz, é preciso colaboração entre entidade privada e Poder Público.

Por óbvio, cada um irá proteger e tutelar seus interesses, mas é preciso que não se esqueçam, ambas as partes, dos objetivos que levaram à construção desse mecanismo de cooperação.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 28, nº 1, 2018.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo. Programas de cumplimiento. Breve descripción de las técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. EDISOFER: Madrid, 2014.
- BUSATO, Paulo César. Lo que no se dice sobre el criminal compliance. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad (REEPS), 2017.
- BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação Judicial. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005.
- COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013.
- ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Marcial Pons: São Paulo, 2017.
- FORIGO, Camila Rodrigues. A Figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilização Penal. Multifoco: Rio de Janeiro, 2017.
- GARCIA CAVERO, Percy. Compliance y Lavado de Activos. Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE), 2015.
- GUARAGNI, Fabio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In: BUSATO, Paulo César. Compliance e Direito Penal. Atlas: São Paulo, 2015.
- LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al Oficial Ryan: Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Edisofer: Madrid, 2014.
- MONTANER FERNANDEZ, Raquel. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013.

- MONTANER FERNANDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- MOTTA CARDOSO, Débora. Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 1ª ed. LiberArs: São Paulo, 2015.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – compliance officer – ante el Derecho Penal. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Saraiva: São Paulo, 2015.
- SANCHEZ RIOS, Rodrigo. Criminal compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista dos Tribunais Online*, 2015.
- SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo Cesar. *Compliance e Direito Penal*. Atlas: São Paulo, 2015.
- SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: NIETO, Adan. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Editorial Tirant lo Blanch: enero, 2013.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Edisofer: Madrid, 2013.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Atelier. Barcelona, 2013.