



## **CRIMINAL COMPLIANCE: A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER**

### **Criminal Compliance: Exploring the Criminal Liability of Compliance Officers**

Received: 22/03/2020

Accepted: 11/07/2020

DOI: <https://doi.org/10.37497/esg.v3issue.1603>

Fábio André Guaragni<sup>1</sup>

Luís Roberto de Oliveira Zagone<sup>2</sup>

Priscila Nascimento Giublin Gomes de Souza Luz<sup>3</sup>

### **INTRODUÇÃO**

O fim do século XVIII e o início do século XIX foram marcados pelo avanço do capitalismo, e passou a se exigir atitudes mais agressivas por parte da classe empresarial, num ambiente econômico que estimulava o fator da concorrência.

O capitalismo industrial (século XVIII a XIX) marcou o desenvolvimento do sistema fabril de produção, caracterizado por uma complexa divisão do trabalho entre e dentro do processo de trabalho e a rotina das tarefas de trabalho; e, finalmente, estabeleceu a dominação global do modo de produção capitalista.

Com o passar dos anos, constatado o fato de que a revolução da burguesia vinculou, apenas, um regime de consagração formal de direitos individuais e sociais, a doutrina da separação dos poderes teve certo declínio, ante a necessidade de acomodação dos regimes aos esquemas constitucionais que já não mais propugnavam por um sistema de mera garantia formal, mas pela concretização dos direitos sociais reconhecidos.

Numa sequência cronológica, tem-se que, primeiro, foram rompidas os vínculos com os regimes totalitaristas para se sustentar a necessidade de um Estado liberal. Depois, como oferta de contraponto, o Estado socialista.

<sup>1</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, com pesquisa pós-doutoral na Università degli Studi di Milano. Professor Titular de Direito Penal no Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, Professor da Fundação da Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR. Email: guaragni@mp.pr.gov.br.

<sup>2</sup> Advogado criminalista e Professor Universitário; Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania – Unicuritiba; Especialista em Direito Penal e Processo Penal – ABDConst; Bacharel em Direito - Universidade Tuiuti do Paraná.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2005).

Em seguida surgiu o Estado social com a sua constituição programática, eivada de conceitos abstratos, de declaração formal da existência de direitos. Por último, o Estado social, sob novo modelo, o “Estado social dos direitos fundamentais”, aparelhado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras garantidoras desses direitos.

Neste sentido leciona Paulo Bonavides (1999, p. 29):

Cada revolução daquelas tentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos.

O Estado social, idealizado após a Segunda Guerra Mundial, e sob os valores da dignidade da pessoa humana, despontou para conciliar de forma duradoura e estável a sociedade com o Estado, consubstanciando, assim, a única e razoável alternativa para as democracias do futuro.

Bonavides (1999, p. 11) alude “o Estado Social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente”.

Na busca da superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, surge, sob distintos regimes políticos, a ideia desse Estado, um estado de todas as classes, um Estado de conciliação, um Estado mitigador de conflitos sociais, um Estado pacificador entre o “trabalho” e o “capital”. O Estado social admite as bases capitalistas. É, na verdade, um produto da transformação estrutural do antigo Estado liberal.

Nesse sentido explica Márcio Roberto Montenegro Batista Júnior (2014):

O Estado Social passa a adotar medidas e práticas intervencionistas necessárias para o desenvolvimento econômico e social, atendendo ao pedido assistencial da população, que esperava por uma intervenção estatal que lhes garantisse condições mínimas

de sustentabilidade. Desta forma, o Estado busca maneiras de balancear as desigualdades, tentando colocar os cidadãos que se encontravam em miséria em uma situação onde possam ter o mínimo para sobreviver. Esta é a sua principal diferença em relação ao Estado Mercantilista, pois a interferência deste último tinha fins unicamente econômicos.

O Estado, passa então, desta forma, a criar empresas públicas e sociedades de economia mista, passando a investir relativa monta em desenvolvimento e modernização da “máquina estatal”. Com a assunção de mais responsabilidades, o “tamanho” do Estado é forçado a aumentar, tornando-se incapaz de desempenhar todos os papéis sociais e econômicos os quais, agora, tinha também atribuições.

Com o desenrolar dos anos, vendo-se atolado em competências, o Estado começa a diminuir suas intervenções na ordem econômica e transfere para a iniciativa privada a execução de algumas atividades.

Neste sentido explana Thiago Dellazari Melo (2010):

Era necessário reorganizar a função estratégica do Estado, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Tem-se o fenômeno da “desestatização”, processo no qual há uma crescente diminuição das estruturas públicas de intervenção do Estado.

Melo alude ainda que, a partir de então, a atuação estatal, que antes explorava diretamente os serviços públicos, é substituída por uma atuação de fiscalização e normatização da atividade privada na prestação destes serviços.

Nesse contexto, surgem as agências reguladoras. Sobre o tema, explana Batista Júnior (2014):

O modelo de atuação estatal não conseguiu acompanhar as evoluções sociais por diversos fatores, entre eles: a multiplicação da população; a falta de manutenção do padrão de eficiência dos serviços prestados diretamente, sem o recebimento da devida contrapartida; o crescimento desmedido do aparelho estatal, através da criação das empresas, esgotando a capacidade de investimento, e ocasionando

a deterioração do serviço público; e, por fim, o crescimento das dívidas externas e internas.

Todas as estruturas deste modelo estatal mostraram-se inúteis, o que acarreta o seu esgotamento. Associadas a isto, observamos também o crescimento da corrupção e a má gestão da coisa pública, facilitadas pela burocratização e pelo crescimento da máquina estatal. Além dos excessivos gastos com o exercício direto das atividades, o Estado ainda arcava com o escoamento do dinheiro público, de forma criminosa, para as contas dos agentes públicos. Desta forma, podemos verificar o surgimento de uma nova modalidade de atuação estatal na economia, o Neoliberalismo, que implicou no nascimento do Estado Regulador.

Com as agências reguladoras, desponta nos Estados Unidos, no início do século XX, a ideia de programas de *compliance*.

Tal como citado no capítulo introdutório, o vocábulo *compliance* tem sua origem no verbo em inglês “*to comply*”, que significa agir de acordo com uma regra, cumprir, satisfazer, desempenhar o que lhe foi instituído. (DAL POZZO, 2014).

## **1 COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO CRIMINAL**

*Compliance* nada mais é que a reunião de métodos que objetiva cumprir as normas legais e regulamentares, bem como as políticas e as diretrizes definidas para o perfeito desenvolvimento empresarial.

Segundo Carla Rahal Benedetti (2014, p. 82):

O *Compliance*, portanto, tem como função principal garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da própria empresa e, como prevenção de riscos externos, o cumprimento da legislação vigente e das normas regulamentares oficiais de cada ramo de atividade empresarial.

Um programa de *compliance* deve ser constituído por procedimentos de auditoria interna, aplicação efetiva de códigos de conduta e de ética,

incentivo de denúncia de irregularidades. Ainda, referido programa pode abranger inúmeras áreas que concernem às atividades econômicas, como a de concorrência, fiscal, corrupção, governança, de forma conjunta ou separada.

Neste sentido lecionam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2012, p. 308-309):

Um programa efetivo de *compliance* interessa primeiramente à própria empresa, protegendo-lhe, e também a seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai mais além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração. Passa-se, pois, a justificar punições – quiçá penais – a partir do pressuposto do *compliance*. A proclamação de uma *compliance* penal que não dê conta da funcionalidade específica do comportamento negocial pode acarretar a consequência reversa de autoincriminação no âmbito da empresa, paradoxal a tal ponto que ela mesma comunica a punibilidade de suas práticas.

Destaca-se que os programas de cumprimento desenvolvidos nas grandes empresas estão ligados a três vertentes: a primeira é a decorrente das obrigações legais, tais como as políticas internas de prevenção; a segunda ao setor público que decorre do poder de investigação e imposição de sanções; e a terceira ao setor privado com um tudo que decorre do poder de detectar operações ruinosas; resultando uma convergência de atuação entre público e privado. (SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015).

Pois bem. A um simples fitar de olhos sobre os conceitos apontados anteriormente, facilmente pode surgir a dúvida: auditoria e *compliance* são a mesma coisa?

Passaremos a abordar a seguir sobre esta importante questão.

### 1.1 DIFERENÇA ENTRE AUDITORIA INTERNA & COMPLIANCE

Como visto, a função do *compliance* é definir e estabelecer regras, procedimentos diários, treinamentos, além de conscientização de normas para as partes interessadas, acionistas, colaboradores, fornecedores, funcionários, entre outros.

Já a auditoria busca identificar oportunidades de aperfeiçoamento, tornar os controles mais eficientes, detectar indícios ou existência de irregularidades na organização.

Segundo Fernando Maida e Aparecida Ferreira Frias (2017):

[...] O compliance - Subsídia o gerenciamento de processos, monitorando a conformidade com as diretrizes estabelecidas pela organização; aponta a falha, podendo recomendar a solução, auxiliando no seu monitoramento; executa trabalhos de forma rotineira permanente, com vistas a assegurar a existência de um sistema de controle interno efetivo, consoante as diretrizes estabelecidas pela alta administração. A auditoria Interna - Reporta o resultado de suas atividades à alta administração, ao conselho de administração e/ou comitê de auditoria; Avalia a aderência e integridade dos processos e de controle internos da organização, aferindo se estes estão adequados às diretrizes estabelecidas pela organização e normas emitidas pelos reguladores. Aponta a falha, podendo ou não recomendar solução. Não se envolve na elaboração e implementação da solução, porém avalia se a falha apontada foi corrigida e o risco relacionado, mitigado; Executa trabalhos de forma regular, com base em cronograma previamente elaborado, por mecanismo de validação dos principais riscos e ameaças aos objetivos da organização, com a finalidade de aderir o cumprimento das diretrizes estabelecidas e instituídas pelo conselho de administração e/ou pela alta administração, bem como leis e regulamentos.

Em outras palavras, o *compliance* será a implantação das ferramentas assim como a preocupação da detecção e prevenção de fraudes, enquanto a auditoria interna faz a fiscalização dessas normas com base nas verificações pontuais em amostras de transações.

Como visto, o *compliance* possui extrema relevância no mundo corporativo atual pode ser direcionado a toda área de atuação de uma empresa, seja ela interna ou externa.

Passamos a abordar o “*criminal compliance*”.

## 1.2 CRIMINAL COMPLIANCE

O *criminal compliance* visa a prevenção das ações empresariais para que estas não sejam punidas, ou seja, que as ações empresariais sejam praticadas estritamente dentro da lei.

Gustavo Britta Scandelari (2015, p. 183) leciona:

[...] o *criminal compliance* se refere à adoção dessas medidas, mas para evitar especificamente riscos de ocorrência de crimes no âmbito da empresa (gestão de riscos criminais), inclusive para prevenir a possível responsabilidade penal de seus dirigentes – e tem sido visto como mais eficiente, para isso, do que somente a regulação estatal.

O *Criminal Compliance* surge então como esta ferramenta de prevenção de ilícitos, mas em especial como um meio de transferir a responsabilidade penal, individualizando a conduta de cada agente da empresa. Nas palavras de Carla Rahal Benedetti (2014, p. 92):

O *Criminal Compliance* surge como uma ferramenta de prevenção de ilícitos criminais, mas, também e principalmente como instituto de transferência de responsabilidade penal, que possibilita a individualização da conduta praticada de todos os envolvidos na empresa, por meio de princípios básicos instituídos em um contrato profissional, em que há a adesão formal às responsabilidades.

A atuação é preventiva e consiste na elaboração de uma análise jurídica, pretendendo adaptar a empresa às normas que regem sua atividade. Assim, o *criminal compliance* revela-se um instituto de prevenção criminal e de controle social que atua antes da prática do delito, diferentemente do que ocorre quando é aplicado o direito penal tradicional, que atua após a prática do delito. (FORIGO, 2017).

Importante frisar que o *criminal compliance* não cuida da privatização da persecução criminal, mas sim a minimização dos riscos criminalmente pertinentes.

Neste sentido Scandelari (2015, p. 184) alude ainda:

Não se trata, exatamente, de uma privatização da persecução criminal, mas de uma forma pela qual os destinatários da norma interpretam os mandatos de minimização dos riscos penalmente relevantes e tentam se adequar a eles. Assim, ainda que o programa não tenha sido, em determinada hipótese,

suficiente para evitar um resultado típico, ele deve ser, no mínimo, apto a convencer as autoridades públicas de persecução criminal de que é idôneo, de modo a talvez, impedir ou minorar a responsabilização da pessoa jurídica ou de seus administradores.

Desta forma, a finalidade que se almeja com a implantação destes programas de criminal *compliance* é alertar sobre quais são os riscos reais e posteriormente verificar e adotar meios para controlá-los e monitorá-los.

Com a promulgação da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, empresas e dirigentes que praticam atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, passaram a ficar expostos a grandes consequências, já que a partir de então ocorre a responsabilização objetiva de seus entes, ou seja, não sendo mais necessária a comprovação de dolo ou de culpa, dos dirigentes, para aplicação das sanções previstas na lei.

Desta forma, com o advento de referida Lei em nosso país, o que antes parecia uma opção para as empresas, agora, na visão de um bom e precavido gestor, tem que ser regra: a instituição de programas de *criminal compliance* em sua atividade empresarial.

Assim leciona Fábio Selhorst (2014):

Para as empresas que fazem negócios no Brasil, as ações preventivas continuarão sendo o mote. As que adotam boas práticas de governança corporativa estão optando por transparência, prestação de contas e responsabilidade administrativa em suas operações. É importante que coloquem em prática os processos de conformidade internos e regras de conduta que visem coibir atos de corrupção por seus funcionários. Essas medidas fazem com que o sistema legal brasileiro se equipare às práticas anticorrupção adotadas em todo mundo, principalmente nos Estados Unidos e Reino Unido, reconhecendo que as empresas com programas eficazes de obediência às leis e dispostas a cooperar com as autoridades em investigações devem receber melhor tratamento, caso alguma irregularidade seja detectada.

Todos sabemos que a corrupção é destrutiva para o país, pois gera pobreza, aumenta a desigualdade social e reduz a qualidade de serviços e produtos para

a sociedade. A nova Lei Anticorrupção é certamente um importante passo contra essa prática perniciosa.

Nota-se, acima, que a existência de mecanismos e procedimento internos de integridade, auditoria, aplicação de códigos de ética etc., tem extrema relevância, de forma abonadora, para aplicação de futuras sanções por parte do Estado, além do mais, se analisarmos as graves implicações jurídicas que pessoas jurídicas e físicas podem sofrer.

A partir de uma linha de forte projeção, concebe-se ao empresário o dever de vigiar a conduta de seus subordinados, já que àquele é imputada a infração de seu inferior hierárquico na hipótese de ele não ter se desincumbido deste dever de vigiá-lo adequadamente. Observa-se, assim, que o empresário estaria sendo responsabilizado por um não fazer o que deveria ser feito.

Desta forma, passamos a abordar os crimes omissivos a fim de entender de que forma esta punição se amolda.

## **2 CRIMES OMISSIVOS**

Os crimes omissivos dividem-se em crimes omissivos próprios e impróprios.

Os crimes omissivos próprios são os crimes em que o legislador descreve um não fazer, que independe da produção de um resultado. Aqui o agente deixa de realizar uma ação que era não apenas esperada, mas que ele podia realizar, são os chamados crimes omissos próprios.

Desta forma, nos crimes omissivos próprios temos uma norma de mandato; em que o conteúdo imperativo é um “fazer”; em que a finalidade social é “exigir deveres impostos”; e em que o sujeito ativo pode ser qualquer dos agentes que o tipo penal indique. (PACELLI; CALLEGARI, 2015).

Por outro lado, tem-se por crime omissivo impróprio o fato de que, segundo Carla Rahal Benedetti (2014, p. 62), “neles, o que se proíbe é um não fazer determinado por um comportamento ativo, isto é, uma ação de dever jurídico, consistente em uma obrigação legal ou contratual de agir”. Ainda, importante acrescentar no referido conceito, que também incidirá no crime omissivo impróprio, aquele que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Desta forma, nos crimes omissivos impróprios temos uma norma basicamente de proibição, mas que possui uma obrigação de atuar em segundo plano; em que o conteúdo imperativo é “impedir um resultado injusto”; em que a finalidade social é “fazer efetiva obrigação de garantia para proteção de bens jurídicos”; e em que o sujeito ativo somente pode ser aquele que está na posição de garantidor. (PACELLI; CALLEGARI, 2015).

Passamos abordar a seguir o a responsabilidade penal do *compliance officer*.

### **3 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER**

#### **3.1 O DEVER DE GARANTE ORIGINÁRIO DO EMPRESÁRIO**

O tema da responsabilidade penal da pessoa física por condutas corruptas e exercício de crimes econômicos no âmbito empresarial tem cada vez mais ganhado notoriedade no debate de juristas e nas legislações dos Estados.

É notório que o desenvolvimento da atividade empresarial comporta diversos riscos inerentes ao seu exercício; logo, nasce o dever de garante originário do empresário, de zelar pelo exercício de sua atividade dentro dos limites da lei. (FORIGO, 2017).

Ainda que haja uma diversidade de entendimento sobre a fundamentação da origem desse dever recaído sobre o empresário, uma linha de forte projeção concebe que do fator de risco para terceiros, decorrente do exercício da atividade empresarial, faz surgir para o empresário o dever de vigiar a conduta de seus subordinados.

Partindo da primazia de que o empresário é o agente garantidor, ou seja, será responsabilizado por sua inércia, por não ter evitado a realização de uma conduta ilícita no seio de sua empresa; ao empresário é imputada a infração de seu inferior hierárquico na hipótese de ele não ter se desincumbido do dever de vigiá-lo adequadamente.

É certo, contudo, que em grandes empresas é inviável o empresário comandar e saber de tudo, ou seja, é inviável o empresário administrar e vigiar tudo o que acontece no ambiente corporativo.

Neste contexto, resta cristalino que se faz necessária a delegação das funções, a descentralização da tomada de decisões. Desta descentralização, surgem as áreas, os departamentos dentro de uma empresa com responsabilidades individuais e com certo poder de tomada de decisões.

A delegação das atividades faz com que o delegado contraia o dever de garantia originário do empresário, que, apesar de, a partir desse momento, não mais possuir a obrigação direta de fiscalizar e coordenar seus subordinados, continua com o encargo de supervisionar o delegado e não se exime do dever de agir para retificar ou interromper atos irregulares, conhecidas por iniciativa própria, sob pena de ser responsabilizado penalmente.

José Antonio Lascuraín Sánchez (2014, p. 308-309) explica:

Aquí surge o problema da medida desse dever de supervisão ou vigilância, que, por sua vez, certamente pode ser delegado. É óbvio, em um extremo, que não

pode ser tão exigente que a delegação se torne um domínio intermediário, anulando assim a vantagem intrínseca de multiplicar esse método e sufocar as necessidades expansivas da atividade em determinadas áreas sociais, como ocorre significativamente na empresa. Mas também é evidente, no outro extremo, que seu nível não pode ser tão baixo que a posição de garantia do delegante desapareça na prática. A precisão deste dever de vigilância deve ser centrada na atenção ao tipo de atividade e às características pessoais do delegado. Quanto maior o risco de controlar e quanto mais difícil for seu controle, mais intensa será a supervisão do delegante. (trad. de)<sup>4</sup>

Desta forma, quando o empresário delega um dever de vigilância, de segurança a um subordinado, seu dever originário não some completamente, já que ainda que delegue tais funções, aquele ainda fica incumbido de vigiar o trabalho deste delegado. Nas palavras de Sánchez (2014, p. 328):

Lembre-se de que quando um garante primário (o empregador) delega um dever de segurança a um secundário - o que se torna um novo garante - o primeiro do primeiro não desaparece, mas seu conteúdo foi transformado. O que o delegante agora tem que fazer é vigiar para que o delegado faça sua lição de casa e, se não, corrigi-lo ou substituí-lo. Mas pode acontecer que, por sua vez, esta função restante seja delegada, de modo que o que o delegante tem que fazer é, finalmente, supervisionar o supervisor da tarefa de segurança inicialmente delegada. (trad. de)<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Surge aquí el problema de la medida de ese deber de supervisión o vigilancia, que a su vez, por cierto, puede ser delegado. Es obvio, en un extremo, que no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa. Pero es también evidente, en el otro extremo, que su nivel no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante.

<sup>5</sup> Recuérdese que cuando un garante primario (el empresario) delega un deber de garantía en uno secundario - que pasa a ser un nuevo garante -, no desaparece el deber del primero, sino

Passamos a abordar a seguir a responsabilidade penal do *compliance officer* advinda desta delegação do empresário, através do programa de *criminal compliance*.

### 3.2 O DEVER DE GARANTE SECUNDÁRIO: A ASSUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL PELO *COMPLIANCE OFFICER*

Além da posição de garante dos mais altos membros da empresa (sócios, proprietários, acionistas etc.) e daqueles da outra ponta, que não possuem poderes de direção comercial ou administrativa, pois simplesmente executam ordens (empregados em geral), existem os intermediários – que, por vezes, cumulam as funções de subordinados e chefes/gerentes (setores, unidades). Eles têm atribuições de simples execução de tarefas, mas também exercem certo grau de decisão, dentro dos limites, razão pela qual podem tanto responder penalmente por seus atos, quanto pelos atos daqueles subordinados que cumprem os seus comandos.

Nesta “zona” de “intermediários” é que se enquadra o chamado *compliance officer*, ou também chamado de oficial de conformidade ou de investigador privado.

O *compliance officer* é o profissional destacado pelo empresário para avaliar e gerir as atividades empresariais visando a minimização dos riscos de uma eventual responsabilidade por parte deste.

Caberá ao *compliance officer* as funções de orientação, divulgação, reforço de normativas internas, formação de empregados e investigação de atividades suspeitas. (SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015).

Sobre o tema leciona Carla Rahal Benedetti (2014, p. 81):

Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de expertise técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa como objetivo de prevenir e minimizar os riscos de responsabilidade legal.

O *compliance officer*, por ser dotado de expertise técnica para a função, assume a posição de gestor do *criminal compliance* e possuirá poderes

---

que vee transformado su contenido. Lo que tiene ahora que hacer el delegante es vigilar que el delegado haga su tarea y, si no es así, corregirlo o substituirlo. Pero puede suceder que a su vez esta función remanente sea delegada, de modo que lo que tiende que hacer el delegante finalmente es supervisar al supervisor de la tarea de seguridad inicialmente delegada.

específicos para essa atuação, os quais são definidos no contexto de cada empresa. Em regra, este profissional possui o dever de implantar e gerir o programa, bem como corrigir falhas e comunicar a alta administração acerca de eventuais ilícitos como aplicação de sanções etc. Entretanto, em virtude destes programas estarem inseridos de acordo com o contexto de cada empresa, o *compliance officer* pode adquirir funções diferentes de acordo com a estrutura do programa, sendo possível que em determinados casos, ele tenha a obrigação de aplicar punições de forma direta (FORIGO, 2017).

Passa-se então a discutir a responsabilidade penal do *compliance officer*.

A responsabilidade penal do *compliance officer* trata no caso da ocorrência de conduta delituosa no ambiente da prática empresarial, se fracassa sua atividade na incumbência de desenvolver, implementar ou gerir os mecanismos e procedimentos internos de integridade da pessoa jurídica. É a hipótese da incidência do crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, em que, como visto anteriormente, o agente, ao qual é dado o nome de garante ou garantidor, tem o dever de agir para evitar um resultado delituoso, mas por dolo ou culpa se omite acerca dessa obrigação e o resultado acaba produzido.

Ao assumir o encargo de responsável pelo cumprimento legal e de gestão do *criminal compliance*, este profissional (*compliance officer*) assume a posição de agente garantidor, que deriva do dever de garantia originária que tem o empresário.

A delegação das atividades de projeção, implementação e gestão dessa estrutura por parte do empresário ao *compliance officer* faz com que ele contraia o dever de garantia originário do empresário.

Assim, se analisarmos passo a passo o tipo objetivo e os elementos dos crimes omissivos impróprios, verifica-se sua correta adequação neste sentido. Senão vejamos.

Abordando os elementos objetivos dos tipos omissivos impróprios verifica-se: a) a situação típica; b) a possibilidade física de agir; c) a omissão da ação mandada pelo empresário ao *compliance officer*, ou seja, o não fazer o que deveria ser feito; d) a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão do *compliance officer*; e) a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir, neste caso pela assunção da responsabilidade por parte do *compliance officer*, advinda por relação contratual e empregatícia.

Desta forma evidencia-se que, havendo a prática de um crime na empresa, (crime de corrupção, crime ambiental etc.), o resultado será imputado ao *compliance officer*, se este devia e podia preveni-lo (evitá-lo) e não cumpriu suas obrigações.

Segundo José Antonio Lascurain Sánchez (2014, p. 325-326):

Se estiverem corretos, verificará que o oficial pode responder como autor pelo crime de outros que não impediu, se ele tivesse uma posição de garantia e se sua atitude subjetiva corresponder ao exigido pelo crime correspondente: se omitiu dolosamente se o crime é exclusivamente comissivo doloso; se sua omissão foi negligenciada no caso de a comissão imprudente ser sancionada. Para manter essa posição de garantia, será necessário ser um delegado da empresa em relação a um dever de garantia da empresa.

Se o funcionário não é um garante, porque a empresa não está relacionada com o crime em questão ou porque ele ou ela não é um delegado, nosso agente ainda pode ser responsabilizado penalmente como partícipe por uma infração empresarial, se a infração de seus deveres - de não garantia - facilitaram o cometimento desse crime. (trad. de)<sup>6</sup>

Desta forma, a atuação do *compliance officer* pode ter relevância penal em três diferentes momentos, que podem ser divididos nas seguintes fases:

1. Projeção do programa de cumprimento, em que o encarregado do setor de conformidade desenvolve, a partir de uma avaliação de riscos, as medidas de controle interno a serem adotadas pela pessoa jurídica;
2. Implementação, em que o *compliance officer* emprega as regras de integridade projetadas, difunde o programa de *compliance* e realiza o treinamento dos demais funcionários da empresa; e
3. Gestão, em que o responsável de cumprimento monitora e revisa periodicamente a estrutura de

---

<sup>6</sup> Si ellos son correctos, resultará que el oficial podrá responder a título de autor por el delito ajeno que no ha impedido, si tenía al respecto una posición de garantía y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito: si omitió dolosamente si el delito es de exclusiva comisión dolosa; si su omisión fue descuidada en el supuesto de que se sancione la comisión imprudente. Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa.

Si el oficial no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado, nuestro oficial podrá aún responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa, si la infracción de sus deberes - de no garantía - facilitó la comisión de tal delito.

integridade da pessoa jurídica, investiga eventuais irregularidades e faz o reporte a seus superiores.

Algumas condições, contudo, devem ser observadas para que a punição do *compliance officer*, a título de omissão imprópria, seja válida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiro, o *compliance officer* deve receber da alta administração verdadeiro suporte e condições para o desempenho independente de suas atividades. Ou seja, se faz necessária que a delegação ao *compliance officer* tenha se dado de forma livre e em sua plenitude para a realização da tarefa.

Segundo José Antonio Lascuraín Sánchez (2014, p. 310):

[...] A gênese deste dever de garantia exige essencialmente o exercício coordenado de duas esferas de autonomia: um delegado livre e um assumente livre que, por qualquer motivo, têm que organizar suas vidas aí. Deve consignar-se ademais, a partir da própria lógica da delegação, que a mesma não será efetiva, e não gerará o próprio efeito de gerar um novo devedor - nem o de transformar o dever do antigo obrigador - se a tarefa for transferida para alguém incapaz de desenvolvê-la e, se for o caso, se não ser acompanhado da entrega do domínio necessário para o cumprimento do dever. Delegação livre, assunção livre, seleção adequada e dotação de domínio aparecem assim como requisitos deste mecanismo de geração de deveres de garantia. (trad. de)<sup>7</sup>

Imperioso ressaltar que se o delegante proceder uma delegação defeituosa, este deverá responder como partícipe pelo crime cometido pelo delegado, o *compliance officer*.

---

<sup>7</sup>La génesis de este deber de garantía exige esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que, por la razón que sea, tienen a bien el organizar así sus vidas. Debe consignarse además, a partir de la propia lógica de la delegación, que la misma no será efectiva, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado – ni el de transformación del deber del inicialmente obligado – si la cesión no se produce en quien aparece como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber. Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio aparecen así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía.

Neste sentido Sánchez (2014, p. 319-320) aponta:

Transborda uma questão bastante lógica: por que o delegante (o empregador ou qualquer outro delegado sucessivo) que procedeu a delegações defeituosas ou que omitiu o controle que correspondia a eles sobre o delegado deve responder como perpetrador do crime cometido por este último por ação ou por omissão e, se for caso disso, sem dúvida, por autor. A questão é se, havendo um autor indubitável - alguém a quem o fato pertence -, não é mais sensato entender que o que o infrator delegante faz é contribuir para o comportamento daquele e que, portanto, ele deve responder criminalmente a título de partícipe.

Embora ainda seja uma questão controversa, parece-me que uma análise racional mais calma nos faz colocar a cruz na caixa de autoria do teste de responsabilidade do delegante. Certamente, a coisa usual será que a omissão não impedida do crime de outro tem um significado de, no máximo, a participação em tal crime. (trad. de)<sup>8</sup>

Por outro lado, quando o empresário consegue demonstrar que tomou todos os cuidados necessários ao encarregar seu representante de tais tarefas (delegações), desde o processo de sua seleção até o seu treinamento contínuo, ele pode se eximir de responsabilização ou se beneficiar de menor reprovabilidade, conforme o ordenamento administrativo e legal aplicáveis.

Segundo, a mera violação do dever de vigilância não é punida penalmente. É necessário que exista um resultado nocivo de pertinência penal que possa ser atribuído à omissão do responsável pelo setor de conformidade, que

---

<sup>8</sup> Sobrevuela nuestra reflexión una pregunta bastante lógica: por qué el delegante (el empresario o cualquier otro delegante sucesivo) que haya procedido a delegaciones defectuosas o que haya omitido el control que les correspondía sobre el delegado, ha de responder como autor del delito que cometa éste por acción o por omisión y, en su caso indudablemente, a título de autor. La cuestión es si, habiendo un autor indubitado - alguien a quien le pertenece el hecho -, no es más sensato entender que lo que hace el delegante infractor es contribuir a la conducta de aquél y que por lo tanto ha de responder penalmente a título de partícipe.

Aunque no deja de ser una cuestión controvertida, me parece que un análisis racional más sosegado hace que pongamos la cruz en la casilla de autoría del test de responsabilidad del delegante. Ciertamente, lo usual será que la omisión no impeditiva del delito de otro tenga un significado de, a lo sumo, participación en tal delito.

podia agir para impedi-lo. Isto é, faz-se necessário atestar que, se o *compliance officer*, com condições para tanto, tivesse atuado, em qualquer das três fases de sua atribuição, a consumação da prática delituosa teria sido cessada ou evitada.

Por terceiro, as funções de detecção e investigação de crimes não são de garantia. Neste caso, sua violação somente pode contribuir para o crime de outro, desde que, por óbvio, o oficial de conformidade tenha consciência da prática do mesmo. Neste caso, o *compliance officer* poderá responder como partícipe pelo crime praticado.

Neste sentido José Antonio Lascuraín Sánchez (2014, p. 330-331) leciona:

Embora, como observado, as funções delegadas do oficial consistentes em supervisão ou detecção de riscos podem constituir funções de garantia, as funções de detecção e investigação de crimes não são garantias. Sua violação só pode ter um significado contributivo para o crime de outro, que para ser punido requer seu caráter antes da consumação de tal crime e a consciência dessa contribuição. Isso acontecerá significativamente quando o responsável pela conformidade dessas tarefas decidir não investigar uma infração que está sendo cometida ou que está prestes a ser cometida e de que ele conhece por meio de uma denúncia, uma investigação interna de rotina ou sua percepção pessoal. (trad. de)<sup>9</sup>

Por fim, a punição a título de culpa só é cabível se o tipo do crime cometido previsse expressamente essa possibilidade. Por exemplo, se, por descuido, o *compliance officer* responsável pelo manuseio do canal de denúncia, deixar de acessar o sistema e não constatar determinado crime cujos efeitos se perpetuem pela negligência do profissional. Nessa hipótese, se o tipo penal contiver a modalidade culposa, o *compliance officer* poderá ser responsabilizado penalmente.

<sup>9</sup> Mientras que, como se ha señalado, las funciones delegadas del oficial consistentes en la supervisión o en la detección de riesgos pueden constituir funciones de garantía, las funciones de detección e investigación de delitos no son de garantía. Su incumplimiento sólo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a ala consumación de tal delito y la conciencia de tal contribución. Esto sucederá significativamente cuando el oficial de cumplimiento investido para tales tareas decida no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento a través de una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Mensalão”, “petrolão”, “dólar na cueca”, “caixa dois”, “propina”, “pixuleco”.<sup>10</sup>

Recentemente, com a prisão e a condenação em duas instâncias de um Ex-Presidente da República, por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, advindas do pagamento de propina por parte de uma grande empreiteira brasileira em troca de contratos com a Petrobrás; bem como, com as prisões e condenações de diversos outros políticos e, sobremaneira, de diversos agentes empresariais, nosso país, atolado em um lamaçal de denúncias e desvios dos agentes públicos/privados, aponta para uma luz no fim do túnel.

Práticas abusivas, apadrinhamentos de agente políticos, licitações forjadas, desvios de dinheiro, dentre outros, não tem e não terão mais lugar neste país, quiçá.

Lograremos este feito, não somente com o papel punitivo estatal, mas conforme já apontava o ilustre doutrinador italiano Cesare Beccaria, com um papel preventivo, com condutas que visem a prevenção de possíveis condutas ilícitas dos agentes empresarias e dos agentes políticos, o chamado *criminal compliance*.

Como visto, o *criminal compliance* é a adoção de normas legais e regulamentares que visam a prevenção das ações ilícitas empresariais e um meio de transferir a responsabilidade penal, individualizando a conduta de cada agente da empresa.

Surge nesta transferência de responsabilidade, através da delegação de funções por parte do empresário a um subordinado, a figura do *compliance officer*. O *compliance officer* ou oficial de conformidade, está naquele “zona intermediária”, em que tem função de executar tarefas, assim como de tomar decisões.

O *compliance officer* é o profissional destacado pelo empresário para avaliar e gerir as atividades empresariais visando a minimização dos riscos de uma eventual responsabilidade por parte deste. A posição de garante do *compliance officer* deriva do dever de garantia que tem o empresário.

Desta forma, havendo a prática de um crime na empresa (crime de corrupção, crime ambiental etc.) surge a possibilidade de o resultado ser imputado ao *compliance officer*, se este devia e podia preveni-lo (evitá-lo) e não cumpriu suas obrigações.

---

<sup>10</sup> Termos pejorativos utilizados para pagamento de propinas, para a prática de corrupção no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Márcio Roberto Montenegro. O poder de intervenção do estado no setor privado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3881, 15 fev. 2014.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26662/o-poder-de-intervencao-do-estado-no-setor-privado>. Acesso em: 29 nov.2016.

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAIDA, Fernando; FRIAS, Aparecida Ferreira. O convívio estratégico da função compliance e da auditoria interna em ambiente empresarial. Jus.com.br. Julho 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59084/o-convivio-estrategico-da-funcao-compliance-e-da-auditoria-interna-em-ambiente-empresarial/1>. Acesso em: 16 jan. 2018.

MELO, Thiago Dellazari. Do estado social ao estado regulador. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, ISSN 1807-3840, Fortaleza, v. 30, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pVASJ2fHjyGJ:www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/1244/1203+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SÁNCHEZ, José Antonio Lascuraín. Salvar al oficial Ryan: sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez (Direct.). IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente (Coord.). Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer S. L., 2014. p. 301-336.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). DAVID, Décio Franco (Org.). Compliance e direito penal.; São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199.

SELHORST, Fábio. Lei anticorrupção reforça importância do compliance. Revista Consultor Jurídico. 21 fev. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-21/fabio-selhorst-lei-anticorrupcao-reforca-importancia-compliance>. Acesso em: 29 nov.2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. Revista de direito bancário e de mercado de capitais, ano 15, v. 56, 2012.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013.

BRASIL. Código Penal (1940).

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Lei anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FORIGO, Camila Rodrigues. A figura do compliance officer no direito penal brasileiro: funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 114, mai./jun. 2015. p. 341-375.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

## **Abstract**

---

Criminal compliance involves the adoption of legal and regulatory norms aimed at preventing illicit actions within a business and serves as a means of transferring criminal liability by individualizing the conduct of each company agent. In this transfer of responsibility, the figure of the compliance officer emerges through the delegation of tasks by the business owner to a subordinate. The compliance officer operates in an intermediate zone, tasked with executing duties and making decisions.

The compliance officer is the professional appointed by the business owner to assess and manage business activities, with the aim of minimizing potential liability. The

compliance officer's position as a guarantor stems from the duty of guarantee held by the business owner.

Consequently, if a crime is committed within the company (such as corruption or environmental crimes), the compliance officer may be held responsible if they had the capacity and obligation to prevent the crime but failed to fulfill their duties.

This article aims to examine the criminal liability of compliance officers within the context of criminal compliance. The methodology employed involves a comprehensive literature review and analysis of relevant legal frameworks. The findings highlight the critical role of compliance officers in preventing and managing criminal activities within businesses. It also emphasizes the importance of fulfilling their obligations to avoid potential legal repercussions.

In conclusion, the study underscores the need for compliance officers to understand their responsibilities and effectively fulfill their duties to mitigate the risk of criminal liability. Additionally, it emphasizes the importance of ongoing education and training to ensure compliance officers remain up-to-date with evolving legal requirements and best practices in the field of criminal compliance.

### Keywords:

Criminal compliance, Compliance officer, Criminal liability, Responsibility, Prevention.