

# RESPONSABILIDADE PENAL PELA OMISSÃO DE *COMPLIANCE*

Abel Fernandes Gomes<sup>1</sup>

## RESUMO:

O *compliance* como procedimento de controle interno e conformidade com regras no desempenho de atividades empresariais vem se intensificando no mundo inteiro. No Brasil, duas leis passaram a prever especificamente a respeito. Entretanto, a não adoção do *compliance* ou a sua ineficácia não acarretam automaticamente a responsabilidade penal dos dirigentes das empresas, assim como sua adoção formal não é capaz por si só de excluí-la.

Palavras-chave: Compliance. Atividades empresariais. Responsabilidade Penal.

## *ABSTRACT:*

"The compliance, as a procedure of internal control and medium to adjust to rules regarding the fulfillment of business activities, has intensified worldwide. In Brazil, there are two laws which were specifically formulated to regulate this phenomenon. Albeit, the non-adoption of compliance or its ineffectiveness will not automatically result in criminal liability for company's directors, nor its formal adoption is certain to prevent it."

Keywords: Compliance. Business Activities. Criminal Liability.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UERJ; Especialista em Direito Penal pela UnB e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

## **1 O CONTEXTO MUNDIAL DO SURGIMENTO DOS PROCEDIMENTOS DE CONFORMIDADE E PREVENÇÃO**

Nas três últimas décadas do século passado tiveram início com amplitude transnacional, uma série de iniciativas de governos e organismos internacionais com vistas ao estabelecimento de um conjunto de ações a serem adotadas na linha da constituição de um arcabouço de princípios e regras às entidades públicas e privadas, com vistas ao controle preventivo de atos ilícitos praticados no fluxo de algumas atividades econômicas e financeiras nacionais e internacionais.

O que se observa dessas ações, é que elas gravitam em torno de alguns fenômenos ilícitos, cuja percepção, interferência no contexto sócio-econômico e financeiro, e a preocupação governamental e internacional com a sua expansão, conduziram as autoridades à elaboração dessas regras e à adoção das correlatas ações cooperativas, para preveni-los e reprimi-los. São eles: a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro e as fraudes financeiras, o financiamento ao terrorismo e a corrupção.

O marco temporal mais remoto do incremento desse contexto é o período que sucedeu a dois acontecimentos mundiais críticos para a vida econômica, social e política internacional, que foram: a crise econômica de 1929 e a Segunda Guerra Mundial. A partir da década de 1950 despontou a preocupação oficial com atividades desempenhadas à margem dos controles oficiais e contrárias às leis vigentes, que uma vez criminalizadas ensejaram práticas clandestinas e mais organizadas, sendo o exemplo mais marcante a repressão ao comércio de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, logo revelando o quanto tal criminalidade organizada era capaz de desenvolver uma atividade econômica tão rentável quanto marginal, retroalimentando o poderio econômico e até político daquilo que se denominou uma delinquência organizada, se valendo exatamente da corrupção, da sonegação fiscal e da lavagem de dinheiro.

Em função disso, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), imediatamente apregoou a necessidade da realização periódica, a cada cinco anos, de um Congresso Internacional de Prevenção ao Crime e Punição de Criminosos, mas que acabou esvaziada na sua efetivação prática, haja vista os entraves à necessária cooperação internacional entre Estados, decorrente do fenômeno da denominada Guerra Fria que cindiu as nações.

Internamente nos EUA, a partir das apurações da violação e espionagem no comitê do Partido Democrata, o conhecido Caso Watergate, onde se descortinou a existência de um financiamento ilegal para a campanha do presidente Nixon, e um esquema de propinas pagas por empresas americanas a governos estrangeiros<sup>2</sup> (fato que ganhou relevo na mídia nacional e internacional), as autoridades americanas e até mesmo as empresas privadas, deram início a um movimento para estabelecer limites à corrupção nas relações entre empresas nacionais e funcionários de governos estrangeiros com os quais eram mantidas relações empresariais.

Surgiu, então, em 1977 a Lei Contra Práticas Corruptas Internacionais (*Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA), ou Lei Anticorrupção Norte-Americana, a qual tem por base estrutural a interferência preventiva e repressiva na fonte do pagamento, o denominado “cliente”, levando em conta o modelo proposto por KLITGAARD<sup>3</sup>: “outorgante/agente/cliente”, onde o primeiro é o agente oficial da Administração Pública (aquele que é o destinatário do suborno: o corrupto); o segundo é o intermediário (que faz a ponte: lobista, advogado, despachante etc.) e o terceiro é o sujeito do setor privado que paga o suborno (corruptor). A idéia é que é mais fácil prevenir a corrupção partindo do controle no setor privado, do que modificar a malha legislativa de alguns países, razão pela qual seria preciso estabelecer normas rígidas de cumprimento de certas obrigações por parte das empresas.

Ainda na década de 1970 também chamava atenção de forma mais veemente, o fenômeno da lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilícito de drogas, resultando na elaboração da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, realizada em dezembro de 1988 na Áustria, que juntamente com o *Money Laundering Control Act*, legislação elaborada em 1986 nos Estados Unidos, se tornou o principal instrumento originário e disciplinador das regras de controle dessa atividade.

No início da década de 1990 e após a queda do Muro de Berlin e o fim de vários governos totalitários na América Latina, duas importantes conferências da ONU foram realizadas: a de Nápoles, em novembro de 1994, e a do Cairo, em maio de 1995, as quais

---

<sup>2</sup> GLYNN, Patrick, KOBRIN, Stephen J. e NAÍN, Moisés. A Globalização da corrupção. In *A Corrupção e a economia global*, p. 42, referindo ainda o caso divulgado à época, da Lockheed Corporation que pagara cerca de US\$ 25 milhões para garantir a compra de aviões pelo governo japonês.

<sup>3</sup> Segundo esse economista americano Robert KLITGAARD a corrupção pode ser até descrita por uma fórmula:  $C = M + D - T$ , onde a corrupção (C) é o resultado da concentração de poder econômico e decisório (M+D) aliada a um déficit de transparência (T). Todavia, ela não é um problema moral ([www.sindusconrio.com.br/sindusletter/sindusletter\\_130515/n31.htm](http://www.sindusconrio.com.br/sindusletter/sindusletter_130515/n31.htm)).

retomaram o enfrentamento da crescente criminalidade organizada que movimentava, estimativamente, entre US\$ 750 bilhões a US\$ 900 bilhões de dólares ao ano em negócios ilícitos em torno de 23 países<sup>4</sup>.

Uma economia escusa e criminosa seria movimentada pelo mundo em diversos negócios, quase sempre permeados por corrupção de autoridades públicas dos três poderes constituídos, como a denominada “Operação Mãos Limpas” na Itália revelaria também no início da década de 1990, interligando os crimes da máfia com a corrupção e a lavagem de dinheiro<sup>5</sup>.

Paralelo a tudo isso, no campo específico da prevenção de práticas inadequadas ou fraudulentas no setor financeiro, é possível destacar as *Soft Law*, normas internacionais facultativas e não cogentes, mas cuja não observação pelos signatários e aderentes pode significar pesadas repercussões de ordem econômica e política. É o caso das Recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional, e dos Acordos da Basiléia: 1) O Acordo da Basiléia I de 1988, que prevê princípios fundamentais a serem seguidos pelas autoridades públicas de supervisão bancária, como a exigência de capital mínimo para a constituição e funcionamento dos bancos comerciais, de modo a prever crises de crédito; b) Acordo da Basiléia II de 2004, com olhos na insolvência e na falência de vários bancos ocorridas na década de 1990, estabelecendo três pilares básicos de prevenção de problemas de tal ordem no sistema financeiro: a) previsão de capitais mínimos para prevenção dos riscos de crédito e cobertura de riscos operacionais, como falhas humanas e fraudes; b) definição de processos e modelos mais precisos de supervisão bancária; c) previsão de disciplina e transparência de rotinas mais saudáveis e seguras, com informações disponíveis sobre fórmulas de gestão de risco e alocação de capital; 3) Finalmente o Acordo da Basiléia III de 2010, calcado na má qualidade dos balanços das instituições financeiras, na insolvência dessas instituições e nos riscos derivados da interdependência dos bancos, gerando importante crise de confiança e liquidez generalizada, tudo isso existente no cerne da crise mundial do *subprime* ocorrida em 2008). Destacam-se, ainda, as regras americanas denominadas SOX ou Sarbox, constantes do Sarbanes-Oxley Act de 2002, prevendo a necessidade de documentação e controle de operações, e classificação e prevenção de riscos nas empresas, e ainda a OFAC (*Office of Foreign Asset Control*).

---

<sup>4</sup> ARBEX JR., José e TOGNOLLI, Claudio Julio. O Século do Crime. p. 31.

<sup>5</sup> GLYNN, Patrick, KOBRIN, Stephen J. e NAÍN, Moisés. A Globalização da corrupção, p. 30.

Já no final do século XX e início do século XXI foram então elaboradas e firmadas no âmbito do Direito Internacional Público, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (de Caracas de 1996), a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (de Paris de 1997), a Convenção de Palermo Contra o Crime Organizado (2000/2004) e a Convenção de Mérida Contra a Corrupção (2003/2006), instrumentos nos quais se passou a prever uma série de regras de conformidade ou *compliance*.

## 2 O QUE É COMPLIANCE

Numa tradução mais literal o termo *compliance* significa anuência; aquiescência ou obediência. Já no sentido técnico/empresarial traduz a conformidade com regras e procedimentos próprios da regulação de uma determinada atividade econômica ou financeira, pelas empresas ou instituições. Assim, mais precisamente para o objeto da presente abordagem, *compliance* é o conjunto de políticas, ações e procedimentos de controle interno, aptos a fazer cumprir as normas legais e regulamentares atinentes a uma determinada área da atividade econômica ou financeira. Em suma, é o seguimento de procedimentos de conformidade por parte das empresas e instituições.

A necessidade de se adotar diretrizes mais definidas e ações e procedimentos eficazes, com vistas a assegurar a prática regular, ética e de acordo com as leis e a correção nos negócios por parte das empresas e instituições, fez com que regulamentações de *compliance* fossem ganhando terreno e se estendendo mais claramente para diferentes áreas, a começar pela bancária e securitária, sobretudo após o incremento da preocupação com o fenômeno da lavagem de dinheiro proveniente de atividades ilícitas diversas; o financiamento ao terrorismo; e as crises financeiras mundiais subseqüentes, muitas vezes descortinando operações e negócios ilícitos praticados no âmbito do sistema financeiro, traduzidos em fraudes (ganhos ilícitos em detrimento de terceiros) e condutas impróprias apartadas da segurança prudencial necessária, com a frustração de políticas internas e expectativas de mercado em relação à ética nos negócios, sobretudo a partir dos anos 1990, acarretando a aplicação de sanções às corporações e seus dirigentes, com danos à imagem empresarial, quebra de confiança e perdas financeiras.

Os mecanismos de *compliance* se tornaram uma realidade, e sua adoção e efetivação pelas empresas e instituições trouxe para o direito perspectivas importantes: primeiro, no

campo da prevenção de ilícitos; segundo, no que tange à responsabilidade dos dirigentes das pessoas jurídicas e dos que nela ou com ela assumem parte das ações e procedimentos de *compliance*; e, finalmente, no que diz respeito às consequências da existência e da efetividade desses mecanismos de *compliance*.

No direito brasileiro, o *compliance* só surgiu mais expressamente em 1998, com o advento da Lei n. 9.613, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente da prática de infrações penais. O inciso III de seu art. 10, determina que as pessoas referidas no art. 9<sup>o</sup> deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, e que permitam a elas dispensar atenção às operações que revelam indícios de prática de lavagem de dinheiro e efetuar as comunicações a respeito de transações suspeitas aos órgãos fiscalizadores das respectivas atividades econômicas, e na sua falta ao Conselho de Atividades Financeiras (COAF).

Recentemente, com a edição da Lei n. 12.846 de 1<sup>o</sup> de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, o *compliance* foi novamente invocado, já então como fator capaz de influir positivamente na aplicação das sanções às pessoas jurídicas que tenham estabelecido mecanismos para tais procedimentos internos de conformidade e integridade (art. 7<sup>o</sup> VIII), como auditorias, incentivos a denúncias de fatos ilícitos (*hot line*) e códigos de ética e conduta, cabendo ao Poder Executivo editar o regulamento próprio para avaliação de tais mecanismos (art. 7<sup>o</sup>, parágrafo único).

Importa observar que no direito brasileiro estabeleceu-se expressamente o *compliance* apenas para o campo da prevenção da lavagem de dinheiro e dos ilícitos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, mas em nenhuma hipótese as normas dispuseram precisamente sobre as repercussões da adoção ou não do programa de conformidade e sua efetiva observância pelas empresas no campo da responsabilidade penal.

Embora se trate de um tema novo e que comporta diversas questões importantes carentes ainda de um mais profundo enfrentamento doutrinário e jurisprudencial, apenas se analisará nos limites deste escrito, de um lado, os aspectos da responsabilidade penal dos dirigentes<sup>7</sup> das pessoas jurídicas pela não adoção do *compliance* ou sua ineficácia no caso da ocorrência de um ilícito penal que com ele pudesse ser prevenido, e de outro, as

---

<sup>6</sup> Trata-se de um extenso rol de pessoas físicas e jurídicas que desempenham atividades econômicas diversas, identificadas como passíveis de dar ensejo à sua utilização ilícita para lavagem de dinheiro.

<sup>7</sup> Dirigentes, para fins deste artigo, abrange os diretores, administradores, sócios, gestores ou gerentes executivos, e todos aqueles que têm o poder maior de decisão primeira ou final na pessoa jurídica.

consequências da adoção desses mecanismos na exclusão ou atenuação da responsabilidade penal subjetiva dos dirigentes das pessoas jurídicas.

### **3 A RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES DAS PESSOAS JURÍDICAS PELA OMISSÃO OU INEFICÁCIA DO COMPLIANCE**

A Lei n. 9.613/98, em seu art. 12, estabelece que o descumprimento das obrigações previstas nos artigos, 10 e 11, dentre elas a de *compliance*, sujeitam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 9º e seus administradores, às sanções de advertência; multa pecuniária; inabilitação temporária pelo prazo de até dez anos para o exercício do cargo de administrador; e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. Já a Lei n. 12.846/2013 dispõe que a existência dos mecanismos de *compliance* e sua eficácia, segundo a avaliação a ser feita à luz de critérios estabelecidos em regulamento do Poder Executivo, apenas podem repercutir na atenuação das sanções administrativas a serem aplicadas à pessoa jurídica (art. 7º, VIII e seu parágrafo único).

A primeira questão que se coloca, então, é se seria possível atribuir responsabilidade penal aos dirigentes das pessoas jurídicas que não tenham adotado procedimentos de controle interno e conformidade cabíveis, os quais estejam dentro de suas atribuições decisórias finais, e em razão disso não tenha sido possível detectar uma operação de lavagem de dinheiro (caso da Lei n. 9.613/98) ou de práticas delituosas contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (caso da Lei n. 12.846/2013), levadas a cabo por seus funcionários ou prepostos.

A responsabilidade penal individual de dirigentes das pessoas jurídicas por fatos delituosos praticados por meio delas, no seu interesse ou em seu benefício vem se revelando uma tendência mundial. Como realça BACIGALUPO<sup>8</sup>, tal responsabilidade subjetiva está prevista em alguns Códigos Penais vigentes mais recentemente na Europa e em projetos legislativos da União Européia, como o *Corpus Iuris* Para a Proteção dos Interesses Financeiros da União Européia. Segundo tais instrumentos, o fundamento básico de tal responsabilidade estaria no fato ilícito praticado por conta da pessoa jurídica e por alguém submetido à sua autoridade, quando então seriam igualmente responsáveis os dirigentes da empresa, ou todo aquele que tenha o poder de decisão e controle, que com conhecimento de

---

<sup>8</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, p. 22.

causa haja dado ordens, haja tolerado o cometimento dos ilícitos ou tenha omitido o controle necessário.

A omissão no estabelecimento e desempenho dos deveres de *compliance* poderia ser inserida na última hipótese do fundamento da responsabilidade penal contemplada na doutrina, quando os dirigentes das pessoas jurídicas deixam de proceder ao controle necessário sobre as atividades ou objeto das empresas. Parte da idéia de que os responsáveis pelas empresas têm obrigação de velar pessoalmente pelo cumprimento das regras, podendo ser responsabilizados criminalmente pelos atos delituosos que ocorram em decorrência das atividades praticadas pelas empresas ou em nome delas, se não estabeleceram o controle eficaz contra a incidência de tais ilícitos. E ainda se reforça o fundamento com a assertiva de que isso não representaria uma burla ao princípio de que a pena só deve ser atribuída pessoalmente aos autores ativos do delito, já que se estaria, no caso, diante da violação de um dever de vigilância por omissão. Os dirigentes têm o dever não só de organizar como controlar a empresa, suas atividades e o correto desempenho para a consecução de seus fins e objeto, razão pela qual devem responder pela omissão dessa vigilância<sup>9</sup>.

No caso da Lei n. 9.613/98 verifica-se que se impõe aos dirigentes das pessoas jurídicas indicadas no art. 9º o dever de vigilância, controle e ação mediante procedimento interno (*compliance*) nas suas atividades econômicas, em razão de que elas foram, em algum momento, identificadas como passíveis de oferecerem a oportunidade para a lavagem de dinheiro proveniente de infrações penais. Isso teria ocorrido por detecção anterior de casos empíricos pelas autoridades encarregadas de fiscalizar as atividades, ou por recomendações de organismos nacionais ou internacionais, como o GAFI, indicando tais atividades econômicas como fontes de perigo para a prática de lavagem de dinheiro, e todos aqueles que operam tais atividades na economia, devem agir para organizar a empresa e controlar suas atividades para tais fins preventivos.

Todavia, não parece acertado identificar no dever disposto no art. 10, III da Lei n. 9.613/98 uma fonte da posição de garantidor em razão de lei, contida de modo restrito no art. 13, § 2º, *a* do CP, haja vista que a referida Lei n. 9.613/98 não atribui ao dirigente da pessoa jurídica a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância à eventual vítima da conduta de lavagem de dinheiro especificamente, como é o caso emblemático dos pais em relação aos filhos no que toca às obrigações determinadas na lei civil.

---

<sup>9</sup> BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit., p. 24-25.



Afinal, não se há de ficar adstrito a uma aplicação automática e meramente formal da lei, cabendo aferir o aspecto material que liga diretamente o dever ao garantidor e ao fim legal de proteção da norma. Dizer que o dirigente da pessoa jurídica tem o dever de estabelecer mecanismos de *compliance* para prevenção da prática de lavagem de dinheiro por meio de seu empreendimento e não o faz, não significa dizer que se alguém utilizar a atividade que ele veicula, disponibiliza e opera, para lavar dinheiro, faz dele um autor do fato mediante omissão imprópria. E isso porque o dever legal para com o desempenho da atividade empresarial de acordo com as regras de prevenção de sua utilização para fins criminosos, não se adstringe exatamente à proteção da vítima de lavagem de dinheiro. Na verdade, o disposto no art. 10, III da Lei n. 9.613/98 se destina a tornar a pessoa jurídica vigilante de sua própria utilização contrária aos fins lícitos para os quais foi constituída, e não propriamente a vigilante da integridade daqueles que ao cabo são lesados pela lavagem de dinheiro dos ganhos ilícitos decorrentes das infrações penais antecedentes praticadas contra eles.

Já no que concerne à outra hipótese na qual se poderia cogitar da imputação do crime comissivo por omissão de lavagem de dinheiro aos dirigentes das pessoas jurídicas que não estabeleceram os procedimentos de *compliance*, que é a do art. 13, § 2º, *c* do CP, importa observar que ela não se compadece, igualmente, com a mera formalização da posição de garantia, sendo imprescindível que a ingerência se revista de alguns aspectos limitadores para que seja possível considerá-la relevante para fins de imputação.

Excetuada a exigência, por vezes feita na doutrina, de que a ação que cria o perigo antecedente seja uma ação antijurídica, o que por si só já excluiria a imputação por omissão imprópria, pelo fato de que a simples constituição de uma empresa para atuar em ramo da atividade econômica passível de utilização em lavagem de dinheiro não pode ser tratada como uma ação antijurídica, ainda há que se levar em conta a distância entre a constituição da atividade tida como fonte de perigo para lavagem de dinheiro, a não adoção do procedimento interno de *compliance* e a eventual prática, numa dada operação, do crime de lavagem de dinheiro, tudo a enfraquecer a correspondência precisa entre esses três fatores que somente muito aproximados e imediatamente dependentes de forma natural ou simplesmente normativa, poderiam ensejar o perigo concreto ao bem jurídico objetivado pela Lei n. 9.613/98<sup>10</sup>. E note-se que o que se considera aqui é exatamente uma pessoa jurídica constituída segundo fins lícitos e que numa determinada ocasião e em operação econômica esporádica, vem a ser veículo de lavagem de dinheiro, já que não estaria no foco de nossa

---

<sup>10</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. Ingerência Indevida, p. 46-48.

temática a empresa formal ou informal, cuja atividade velada, dissimulada ou escamoteada já fosse, ordinariamente, a lavagem de dinheiro, ocasião em que sequer se estaria a discutir a prática do ilícito penal a título de omissão imprópria, senão por comissão dolosa e premeditada de seus dirigentes.

Muitas coisas, aliás, estariam em jogo nesta hipótese de criação anterior de risco mediante constituição de atividade empresarial arriscada para lavagem de dinheiro e a omissão da adoção de programa de *compliance*. Por exemplo, seria de se averiguar e poder responder positivamente com certeza, que o não estabelecimento do *compliance*, por si só, configurou a omissão em virtude da qual uma determinada operação de lavagem de dinheiro acabou sendo praticada. Em outra vertente, também seria o caso de se confirmar, com precisão, que a existência do procedimento de controle interno ou *compliance* teria o condão de impedir a operação de lavagem de dinheiro específica que levou à imputação de omissão imprópria<sup>11</sup>.

Do mesmo modo, também não se pode imputar automaticamente aos dirigentes das pessoas jurídicas o crime comissivo por omissão de lavagem de dinheiro verificado em uma determinada operação levada a cabo nos negócios da empresa, em razão da eventual ineficácia do programa de *compliance* por ela adotado. Nesse caso, mesmo que a hipótese de imputação ainda se circunscrevesse apenas ao dever de garantia previsto na alínea *c* do § 2º do art. 13 do CP, os pressupostos de enfrentamento da questão seriam os mesmos da hipótese de omissão mais radical da não adoção do *compliance*, com o acréscimo da circunstância de que, no caso, a omissão não seria pela não adoção do programa e sim decorrente do indevido controle da sua estrutura ou funcionamento ineficaz, que envolve ainda muitas outras variantes que podem sequer estar ao alcance direto dos dirigentes da pessoa jurídica dominar, como é o exemplo clássico da conduta dolosa do funcionário a quem foi cometida a função de *compliance* haver traído a confiança dos dirigentes. Em tal caso, veja-se que por maior que fosse o controle exercido pelos dirigentes, a eficácia do programa estaria comprometida de qualquer forma em razão de uma traição de confiança.

No que concerne à interferência da existência do programa de controle interno e conformidade e sua eficácia para fins de impedir a ocorrência de crimes contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, que é a segunda hipótese de previsão legal expressa a respeito de programas de *compliance* na lei e sua interferência em fatos ilícitos, embora não em âmbito penal, note-se que o art. 7º, VIII e seu parágrafo único da Lei n.

---

<sup>11</sup> Cf. TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, p. 43-46.

12.846/2013 estão calcados na possibilidade de que o *compliance* e a sua eficácia possam beneficiar a pessoa jurídica quanto à sanção derivada da responsabilidade administrativa, não havendo que cogitar de dever legal estabelecido na referida Lei, o que afasta a discussão sobre a incidência do dever de garantia em virtude do art. 13, § 2º, *a* do CP.

No caso do dever de garantia derivado do controle de uma fonte de perigo (art. 13, § 2º, *c* do CP), quanto aos crimes contra a Administração Pública praticados em decorrência de atividades empresariais exercitadas perante ou em relações contratuais mantidas com o poder público, sequer se pode cogitar da assertiva de que empresas que contratam com o poder público, exatamente por essa condição da relação mantida, configuram por isso mesmo uma fonte de perigo que conduza à idéia de que seus dirigentes devam por isso estar na condição de controle e vigilância dessa fonte, mediante adoção de eficazes mecanismos de *compliance*. Na realidade, os procedimentos de controle interno que a Lei n. 12.846/2013 estimula que se mantenham e sejam eficazes não refletem que haja sempre perigo de corrupção nas relações público/privadas, mas sim que em casos de ilícitos administrativos detectados nessas relações, aquelas empresas que tiveram o cuidado de manter mecanismos eficientes de controle interno e conformidade de atuação ética e legal, podem vir a ser beneficiadas com atenuação nas sanções eventualmente aplicadas.

Destarte, em qualquer hipótese em que hoje se preveja alguma coisa expressa em termos de criação, manutenção e eficácia de mecanismos de *compliance*, na legislação nacional, mais especificamente o art. 10, III da Lei n. 9.613/98 e o art. 7º, VIII e seu parágrafo único da Lei n. 12.846/2013, a não adoção de tais procedimentos pelos dirigentes das pessoas jurídicas ou a ineficácia no funcionamento de tais procedimentos denominados de *compliance*, não repercutem, direta e automaticamente, no campo da responsabilidade penal por omissão quanto aos deveres de garantidores, dos dirigentes das pessoas jurídicas.

#### **4 CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DE MECANISMOS DE COMPLIANCE NA EXCLUSÃO OU ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES DAS PESSOAS JURÍDICAS**

Finalmente, convém examinar se há uma consequência automática da adoção de programas de *compliance* na exclusão da responsabilidade penal dos dirigentes das pessoas jurídicas, e em caso positivo, em que medida.

A resposta é também negativa, pois não basta aos dirigentes das pessoas jurídicas brandirem a adoção de programas de *compliance* previamente à ocorrência de um fato delituoso para que isso seja causa de exclusão de responsabilidade penal concretamente verificada. Sobretudo se o que se pode eventualmente constatar, é que o tal programa nada mais é do que um arremedo e até mesmo um modo de escamotear os aspectos ilícitos das condutas praticadas nos negócios das pessoas jurídicas. No caso da Lei n. 9.613/98, o encobrimento de operações ou transações de lavagem de dinheiro, e no caso da Lei n. 12.846/2013, de atos de corrupção em geral, abrangentes das inúmeras modalidades de crimes contra a Administração Pública.

O que se espera de um verdadeiro programa de *compliance* é que antes de tudo ele represente um código de diretrizes e boas condutas nos negócios da empresa, estabelecendo ainda uma série de medidas básicas de controle interno, tais como canais de comunicação interna (*hot lines*) e com o público (ouvidorias), para comunicação de irregularidades, bem como eficientes procedimentos de prevenção de ilícitos (internos e externos).

Programas específicos de conhecimento de clientes e funcionários também configuram mecanismos adequados (“conheça seu cliente e seu funcionário” KYC e KYE), especialmente construídos na linha da prevenção da lavagem de dinheiro (PLD), sendo que, no primeiro caso, conhecer o funcionário se traduz na pesquisa de seus precedentes e acompanhamento permanente de condutas atípicas e sinais de alerta, ao passo que conhecer o cliente significa observar o seu perfil, bem como o das operações e produtos utilizados, local de procedência e movimentações, comparativamente a padrões e suas variações significativas.

A confiança interna entre todos, especialmente nos executivos como modelos para toda a empresa, e o zelo com a imagem publicada da empresa, como um exemplo externo de retidão e ética empresarial também são paradigmas de uma verdadeira preocupação com controle interno e conformidade normativa. Rubricas de prevenção de gastos com gestão de crises e controle de riscos no orçamento e contabilidade da pessoa jurídica também são indicativos de que se trabalha com a prevenção do pagamento de propinas, dos prejuízos, das defesas jurídicas e indenizações que possam advir de condutas que se quer evitar.

## 5 PERSPECTIVAS

É bem possível, futuramente, que a existência de programas de *compliance* nas empresas vá muito além de uma simples constatação póstuma para fins de atenuação de

sanções às pessoas jurídicas, nos moldes do que ocorre hoje na sistemática do art. 7º, VIII da Lei n. 12.846/2013, para se transformar em verdadeiro requisito de contratação e até mesmo participação em concorrências públicas pelas empresas.

O que se pode prever, é que a inclusão de regras cada vez mais expressas a respeito da adoção e desenvolvimento de procedimentos de *compliance*, bem como sua extensão para áreas que hoje nada tratam a respeito no direito brasileiro, como no âmbito da legislação ambiental e das relações de trabalho, será uma tendência sempre permeada de estímulo e prêmios à existência real e eficaz de tais procedimentos.

Por fim, importa notar que os procedimentos de *compliance* devem se sujeitar a atualizações constantes, porquanto as modalidades de atos ilícitos e mesmo as regras oficiais para preveni-los sempre estarão em evolutiva mudança.

#### **Referências bibliográficas:**

ARBEX JR., José e TOGNOLLI, Claudio Julio. O Século do Crime. São Paulo: Boitempo Editorial, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001.

GLYNN, Patrick, KOBRIN, Stephen J. e NAÍN, Moisés. A Globalização da corrupção. *In A Corrupção e a economia global*. Org. Kimberly Ann Elliott. Trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

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

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.