

A extensão da responsabilidade penal do *compliance officer*

Vitor Lucas Seixas Fidelis¹

Resumo:

O presente trabalho tem por escopo analisar a extensão da responsabilidade penal do *compliance officer* no cumprimento do programa de *compliance* inserido na empresa, visando-se aferir se este goza de *status de garantidor*, podendo, desta forma responder por crimes na responsabilidade omissiva, bem como analisaremos sua responsabilidade, sob a ótica penal, nos casos em que, deliberadamente se abster de corrigir ou sancionar erro de terceiro (Teoria da Cegueira Deliberada).

1. Introdução

A complexidade das sociedades pós-industriais, oriundas da globalização e a integração supranacional, funcionou como multiplicador potencial da tutela penal, alargando sua tela de proteção, em contraposição ao direito penal clássico, cuja tutela restringia-se aos crimes patrimoniais, contra a vida e a dignidade sexual. Esta nova configuração trouxe ao ordenamento uma série de novos injustos, desencadeando em inúmeros assuntos nebulosos, sem pacificação na doutrina e na jurisprudência, como por exemplo, a reponsabilidade penal da Pessoa Jurídica, a responsabilidade penal do gerente da empresa, os delitos econômicos etc.

2. Breves considerações sobre o Compliance

O aumento dos delitos econômicos ao redor do mundo, alavancado pelo nascimento dos paraísos fiscais, parca legislação penal uniforme frente a persecução aos criminosos de colarinho branco, surgiu-se em um contexto de esforços entre organismos internacionais, a criação de regras e ações correlatas e cooperativas para prevenir e reprimir delitos socioeconômico e financeiro, como o GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional, cuja finalidade é elaborar políticas contra a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro e as fraudes financeiras, o financiamento ao terrorismo e a corrupção.² Imperioso destacar também,

¹ Autor: Vitor Lucas Seixas Fidelis. Graduando na Universidade Federal Fluminense
Orientador: Prof. Dr. Marcelo de Carvalho. Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Federal Fluminense.

² Gomes, Abel Fernandes. Responsabilidade Penal pela Omissão de Compliance. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica/> (fl. 03).

a criação de *Soft Law*³. Destarte, originou-se o *criminal compliance* para estimular o comportamento preventivo no setor privado, gerando para a Pessoa Jurídica um dever de colaboração na prevenção de delitos, induzindo-os a firmar compromisso de evitarem tais práticas delitivas.⁴

Nesta toada de ponderações, o compliance pode ser definido como um conjunto de políticas, ações e procedimentos de controle interno, aptos a fazerem cumprir as normas legais e regulamentares atinentes a uma determinada área da atividade econômica ou financeira⁵, personificando através da adoção de códigos de conduta, de investigações internas, de políticas de estímulo a denúncias anônimas ou não, a partir de uma ouvidoria à disposição dos empregados e do público externo, além de capacitação dos funcionários para evitar a prática de crimes, de políticas internas de fiscalização e auditoria.⁶

O ordenamento jurídico brasileiro chocou suas primeiras elucidações sobre o compliance na Lei 9.613/98, quando determinou um dever de conformidade e vigilância com fins a evitar a prática de lavagem de capitais. Posteriormente, com a Lei 12.486/13 – denominada *Lei Anticorrupção*, que dispõe acerca da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, o compliance aparece, no bojo do artigo 7º, VIII, como fator capaz de influir na aplicação das sanções às pessoas jurídicas que tenham estabelecido mecanismos para tais procedimentos internos de conformidade e integridade, como auditorias, incentivos a denúncias de fatos ilícitos e códigos de ética e conduta, cabendo ao Poder Executivo Federal editar o regulamento próprio para avaliação de tais mecanismos (parágrafo único).⁷

³ São normas internacionais facultativas e não cogentes, cuja não observação pelos signatários e aderentes pode significar pesadas repercussões de ordem econômica e política.

⁴ Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fls. 03/04)

⁵ Gomes, Abel Fernandes. Responsabilidade Penal pela Omissão de Compliance. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica/> (fl. 05).

⁶ Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fl. 05)

⁷ Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fl. 06)

3. O *Compliance officer* e os crimes omissivos impróprios

A implantação de um programa de compliance pode ser gerida pelos próprios gestores e administrador, nos casos de empresas de pequeno porte. Entretanto, segundo Arthur Gueiros, para as sociedades empresariais de médio e grande porte nasce a necessidade de delegar a função de "gestão e aplicação" do programa de integração erigindo-se assim a figura do *compliance officer*. Ressalta-se que esta função poderá ser atribuída a uma pessoa ou a um departamento.⁸

O *compliance officer* tem como objetivo implementar e gerir os programas e políticas e integridade, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, informar sobre medidas preventivas, novos riscos além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto aos diretores, medidas disciplinares punitivas.⁹ Neste norte de ideias, em virtude das atribuições inerentes à sua função, erige-se a indagação se as obrigações de vigilância e prevenção acima descritas, possuem o condão de conferir a este, status de garantidor, revestindo-o de imputação penal, e punindo sua eventual omissão, nos termos do artigo 13, §2º do Código Penal. No entanto, antes de prosseguirmos as elucidações, mister trazer à baila, algumas explanações sobre o instituto da omissão penalmente relevante em nosso ordenamento.

A imputação penal objetiva não é, em regra, admitida no ordenamento jurídico nacional. Para que determinado agente seja penalmente responsabilizado é necessário que haja uma conduta omissiva ou comissiva que viole bem jurídico tutelado na esfera penal. À exceção a esta regra, reside na figura do garantidor, a quem a lei incumbe um dever legal de cuidado, cuja fundamentação repousa no artigo 13, §2º do Código Penal.

No Brasil, adotou-se a teoria formal do dever jurídico, no qual aponta a existência de três fontes fundamentá-lo: lei, contrato e agir prévio. É o que se extrai da leitura do art. 13, §2º do Código repressivo. Desta forma, percebe-se ser possível criar uma reponsabilidade penal a partir de

⁸ Souza, Arthur de Brito Gueiros. Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. Disponível em <http://www.cpj.m.uerj.br/producao-academica/> (p. 23)

⁹ " Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fl. 05)

um contrato, criando ou suprimindo deveres de cuidado, desde que seja respeitada o *Princípio da fragmentariedade do Direito Penal*. Em decorrência disso, é permissivo estabelecer regras de *compliance* a fundamentar reponsabilidade penal do *compliance officer*.¹⁰ Esta fundamentação deve observar dois critérios materiais: controle sobre uma fonte de perigo – dever de vigilância; e controle sobre a integridade de um bem – dever de proteção.¹¹ O argumento da imputação não pode nunca, estar baseado na ocupação hierárquica da organização empresarial, como forma de “achar um meio para punir” determinado sujeito sem apontar as causas de autoria e materialidade, resguardando-se a apenas punir o ocupante de determinada posição hierárquica. Trata-se, portanto, de uma banalização da posição de garantidor, esculpido no art. 13 §2º do CP.

Nesta esteira de pensamentos, se determinada sociedade empresarial adotar o sistema de *compliance*, poderá o gerente/gestor delegar ao *compliance officer* a função de gerir o programa de *criminal compliance* (garantindo sua eficácia), nesta hipótese, revesti-lo-á com *dever de vigilância*, passando a ostentar status de garantidor.¹²

A reponsabilidade pela eficácia, isto é, o dever de controlar os riscos – dever de evitação, de um programa de *criminal compliance* pelo *compliance officer* por delegação somente poderá acontecer se este possuir capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou ainda, poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores, ou seja, é imprescindível possuir plena capacidade efetiva de evitar atos ofensivos ao programa de integridade, sob pena de afastar sua responsabilidade penal por omissão no bojo do artigo 13, §2º do Código Penal.¹³ Neste mesmo sentido, Gueiros *apud* Aires denota-se que ainda devem ser verificadas as funções à ele delegadas, sejam de investigação das denúncias ou de mera comunicação às instâncias superiores.¹⁴

¹⁰ Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal/ Luís Greco... [et alii].1.ed – São Paulo: Marcial Pons, 2014. (p. 110)

¹¹ Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal/ Luís Greco... [et alii].1.ed – São Paulo: Marcial Pons, 2014. (p. 110)

¹² Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fl. 07)

¹³ Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016. (fl. 08)

¹⁴ Souza, Arthur de Brito Gueiros. Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica/> (p. 27)

Neste escopo, faz-se necessários analisar as consequências penais sobre seu dever de agir, motivo pelo qual, far-se-á uma breve leitura de sua responsabilidade penal à luz da Teoria da Cegueira Deliberada.

4. O dever de vigilância e a Teoria da Cegueira Deliberada

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como "teoria das instruções de avestruz" ou da "evitação da consciência", teve sua origem na jurisprudência norte-americana. Pode-se ser aferida da seguinte forma: quando determinado sujeito, podendo ter conhecimento sobre a ilicitude de um ato praticado por outro, evita tomar conhecimento do que lhe cabe, preferindo-se manter "ignorante" ao fato. "Esse indivíduo ignora o fato de estar ele cometendo também uma ilegalidade, 'enterrando' a cabeça para se abster do acontecido."¹⁵

Neste sentido, considerando os deveres do *compliance officer* já discutidas neste trabalho, quando este encontrar ilegalidade cometidas pelos funcionários ou até mesmo por sócios administradores, deverá notificá-los e seguir rigorosamente o protocolo destacado no programa de integridade e aplicar a sanção, quando necessário. Na hipótese de quedar inerte diante, cegando-se deliberadamente, torná-lo-á convivente e, portanto, culpável perante o ato, isto porque, a jurisprudência pátria passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, com base no sentido cognitivo-normativo de dolo.¹⁶ A intenção do *compliance* principal do programa de *compliance* não é punir o agente infrator, mas sim implantar práticas aptas de evitar o cometimento de ato lesivo à organização empresária. Desta forma, as práticas de delação entre os próprios funcionários vêm se tornando cada vez mais comuns, visando-se diminuir situações em que o terceiro se sinta mais seguro em não reportar o ato lesivo cometido por seu colega de trabalho, e, por conseguinte, se torne culpável por silenciar perante o ato.¹⁷

¹⁵ Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-lavagem-de-capitais-e-a-teoria-da-cegueira-deliberada-no-brasil/> . Acessado em: 21/09/2020.

¹⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados> . Acessado em: 21/09/2020.

¹⁷ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/308028/teoria-da-cegueira-deliberada-no-compliance-empresarial> . Acessado em: 21/09/2020.

5. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o *compliance officer* tem como objetivo implementar e gerir os programas e políticas e integridade, efetuando controle preventivo por intermédio da adoção de medidas preventivas eficazes, devendo ainda prestar contas regularmente à direção da empresa e ajudar no desenvolvimento e instauração de protocolos de eficiência. Em decorrência ao dever de controlar os riscos, somente poderá ser responsabilizado por eventual delito na forma omissiva, se possuir capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, com poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores e demais atos ofensivos ao programa de integridade, sob pena de afastar sua responsabilidade penal por omissão no bojo do artigo 13, §2º do Código Penal. Isto porque, o Brasil adotou a teoria formal do dever jurídico, no qual torna possível a criação de um dever de vigilância um contrato, criando ou suprimindo deveres de cuidado, desde que seja respeitada o *Princípio da Fragmentariedade* do Direito Penal.

Por fim, nesta cauda de ponderações, na hipótese do *compliance officer* possuindo os meios de evitar os atos lesivos ao programa e com delegação para fazê-lo, encontrar ilegalidade cometidas pelos funcionários ou até mesmo por sócios administradores, deverá assumir postura ativa adotando rigorosamente o protocolo previsto no programa de integridade e aplicar a sanção, quando necessário. Contudo, se quedar inerte diante, cegando-se deliberadamente, torná-lo-á convivente e, portanto, culpável perante o ato, isto porque, a jurisprudência pátria passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, com base no sentido cognitivo-normativo de dolo.

Nesta cauda de ponderações, podemos concluir que a figura do *compliance officer* é revestida de tutela penal, isto porque sua função decorre de um dever de vigilância, concatenando na possibilidade de responder delitos em sua forma omissiva (artigo 13, §2º CP), bem como por dolo eventual, na hipótese de cegar-se deliberadamente e não agir segundo os protocolos do *compliance*.

Referências bibliográficas:

Artigos:

Cardoso, Ricardo Espírito Santo. Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição: 2016.

Gomes, Abel Fernandes. Responsabilidade Penal pela Omissão de Compliance. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica/>

Greco, Luís. Et al. A autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal. 1.ed – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Souza, Arthur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/producao-academica/>

Sites:

Disponível em: <https://www.becompliance.net.br/realidade-do-compliance-hoje-e-sua-evolucao-apos-a-vigencia-da-lei-anticorrupcao-brasileira> . Acessado em 16/09/2020

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-lavagem-de-capitais-e-a-teoria-da-cegueira-deliberada-no-brasil/> . Acessado em: 21/09/2020.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados> . Acessado em: 21/09/2020.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/308028/teoria-da-cegueira-deliberada-no-compliance-empresarial> . Acessado em: 21/09/2020.