

A POSIÇÃO OCUPADA PELO *COMPLIANCE OFFICER* NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E SUA RELEVÂNCIA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

Fabíola Andressa Bergh Gandos¹

Resumo: Esta breve análise explora o incipiente tema da responsabilização penal do *compliance officer* no cenário de crimes omissivos impróprios, destacando a importância de se identificar a posição de garante deste agente e sua relevância na responsabilidade penal. Ademais, abordaremos questões relativas ao conceito de crime omissivo impróprio, à detenção da custódia do risco e à importância do *job description*.

A presente análise busca fomentar uma discussão acerca do incipiente tema da responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria nas organizações, mormente no aspecto primordial da identificação do papel que este agente exerce no seio destas organizações, destacando a importância do conhecimento da estrutura organizacional, sem olvidar a relevância da investigação empírica para o fornecimento de elementos que auxiliem na identificação e na responsabilização penal do agente.

Embora bastante discutido em outros ordenamentos, o tema do *compliance* é relativamente novo no ordenamento brasileiro. A cultura de *compliance* e integridade vem crescendo no Brasil, mormente após o advento da lei 12.846/2013, com a implementação de programas de *compliance* em diversos setores, sobretudo o mercado financeiro.

Neste contexto, o tema da responsabilização penal do *compliance officer* merece um olhar crítico da dogmática penal.

Ab initio, imperioso trazermos à baila uma visão geral sobre crimes omissivos impróprios para que possamos contextualizar nossa análise. Segundo Fábio Roberto D'ávila², citando São Tomás de Aquino, a omissão é muito mais grave que a comissão, uma vez que aquela afeta de forma mais contundente a esfera de liberdade do indivíduo. D'ávila afirma que nos crimes comissivos, o Estado sanciona apenas uma ação, de forma que esta ação será retirada da esfera de liberdade do indivíduo. Tomemos como exemplo a regra **não matar**, da qual é retirada a ação **matar** da liberdade do sujeito. Lado outro, nos crimes omissivos, o

¹Pós Graduada em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

²Professor Dr. Fábio Roberto D'ávila na disciplina **Responsabilidade Penal Empresarial: conduta e nexos causal, dirigentes, *compliance officer* e empresa**. ESA- OAB/RS, em 13/10/2020.

impacto na esfera da liberdade do indivíduo é muito maior. Por exemplo, quando o Estado determina que se deve **salvar**, o dever de **salvar** retira da órbita da liberdade do indivíduo diversas outras ações, portanto a omissão é muito mais grave que a comissão.

Neste cenário, mister citar que o legislador pátrio não descreveu expressamente tipos penais omissivos impróprios, por isso o operador do direito deve fazer o uso da omissão penalmente relevante, o que acarreta uma grande dificuldade de se imputar responsabilidade penal nesses crimes.

Conforme leciona Bottini (2018)³, as omissões penalmente relevantes impróprias são omissões não descritas expressamente nos tipos penais, que são aplicadas ao caso concreto por interpretação extensiva ou por cláusula geral de adequação típica a um delito comissivo. Aquelas se referem aos casos de ingerência e estas são relativas aos casos de garante por lei ou por assunção fática.

Feita esta digressão, buscaremos agora analisar a relevância de se identificar a posição ocupada pelo *compliance officer* na estrutura de uma empresa para responsabilização penal deste agente. É cediço que nem sempre o *compliance officer* ocupa a posição de garante na estrutura organizacional da empresa, por isso esta identificação se torna imprescindível e deve ser feita por meio da análise do caso concreto, uma vez que a casuística nos fornecerá elementos para que possamos efetivamente identificar a posição de garante do *compliance officer* no contexto analisado.

Cumprе salientar que não há no ordenamento pátrio, normativa que defina e/ou descreva a posição de *compliance officer*⁴, portanto analisar tal profissional em linhas gerais, torna-se uma tarefa assaz laborosa, tendo o operador do direito que se valer de políticas e normas internas das empresas, apoiadas às normas gerais do direito, aquelas heterogêneas o suficiente para dificultar a tarefa de análise.

Ademais, tampouco há no ordenamento pátrio lei penal ou norma penal específica que disponha que os encarregados da vigilância na empresa sejam garantidores de crimes praticados por seus subordinados.⁵

A posição de garante é dificultada pelo formato heterogêneo e complexo das organizações, que envolve uma estrutura estratificada e fragmentada com múltiplos cargos e funções, por isso é necessário aferir no caso concreto se o *compliance officer* controla o risco e qual a extensão deste controle. Explica-se: o *compliance officer* pode controlar as

3 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão Imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

4FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. **A responsabilidade penal do *compliance officer* nas organizações**. São Paulo: D'Plácido, 2020.

5 Professora Dra. Heloísa Estellita na disciplina **Responsabilidade Penal Empresarial: conduta e nexos causal, dirigentes, *compliance officer* e empresa**. ESA - OAB/RS, em 13/10/2020.

informações, mas não ocupar papel na administração da empresa, sendo apenas um operador da informação na estrutura organizacional. Contudo, ainda que ele não ocupe papel na administração da empresa, se o controle que o *compliance officer* tem sobre uma informação sensível e supostamente típica for muito grande, esta vantagem sobre a informação superaria o déficit de não ocupar um papel na administração, tornando-o um garante e ensejando sobre ele a responsabilização penal.

Neste contexto, urge identificarmos dentro da estrutura da empresa se o *compliance officer* tem a responsabilidade de controlar a fonte de perigo e detém a custódia do risco. Feita esta análise, somos capazes de identificar se o *compliance officer* é o garante da vigilância desta empresa. Em outras palavras, aquele que assume faticamente a posição de vigilância, é o garante da empresa, podendo esta pessoa ocupar ou não a posição de *compliance officer*.

A interpretação da posição que o *compliance officer* ocupa na estrutura de uma empresa não pode ser livremente importada do direito estrangeiro para o direito societário brasileiro. Tomemos como exemplo a estrutura societária estadunidense. Nesta estrutura não há diferença entre os administradores e a diretoria, diferentemente do que ocorre no Brasil, ou seja, na estrutura societária brasileira o *compliance officer* pode ocupar qualquer posição, inclusive a de um mero operador de vigilância, que não detém a custódia do risco.

Sem embargo, importante citar que nem sempre o detentor da custódia do risco é o agente responsável final pelo risco, aquele que deve suportar carga do risco. Repisa-se que somente o caso concreto é capaz de apontar se o agente responsável pela informação também possui o poder diretivo que o autoriza a agir para evitar o evento desvalioso, desde que presentes os pressupostos de possibilidade e capacidade de agir do agente.

Reitera-se que é crucial que o operador do direito conheça a estrutura da empresa analisada, apoiado em suas normativas e políticas internas, para que possa compreender seu funcionamento macro e as particularidades de posições e funções da organização, de forma que possa extrair dados que lhe capacitem identificar quem detém o controle da fonte de perigo e que, portanto, tem o dever de vigilância e de intervir oportunamente, uma vez que assumiu faticamente esta vigilância.

Nesta conjuntura, observa-se a importância do *job description*⁶ como ferramenta fundamental para a identificação da posição de garante do *compliance officer*. Trata-se de um dispositivo utilizado na autorregulação das organizações, que descreve as competências, responsabilidades, atividades, tarefas, habilidades e qualificações de um cargo. A legislação pátria ainda não cuidou de definir as obrigações legais do *compliance officer*, portanto se utiliza esta ferramenta que compila os deveres de controle e vigilância, bem como descreve as

6 Cf. FRAGOSO E FRAGOSO, 2020.

ações esperadas para a evitação do resultado típico. Porém, vale lembrar que o dever agir deve estar descrito no *job description*, mas também deve ser aferido no caso concreto. Ademais, os pressupostos da capacidade e possibilidade, inerentes aos crimes omissivos impróprios, devem estar em harmonia com o *job description*, ou seja, as condutas nele exigidas devem ser possíveis e o agente deve ser capaz de realizá-las no caso concreto, para que uma análise de responsabilidade penal possa ser conduzida em relação a este agente. A indefinição ou a má redação do *job description* pode fazer com que a responsabilização penal recaia sobre o *compliance officer*.

No contexto da responsabilização penal do *compliance officer*, mister lembrarmos o conceito de omissão penalmente relevante⁷ que consiste em abster-se de agir de acordo com a norma penal quando estão presentes a capacidade e a possibilidade de fazê-lo. A omissão penalmente relevante deste agente ocorre quando ele toma conhecimento de uma situação típica, a qual poderia e deveria evitar o resultado e se omite de fazê-lo. O *compliance officer*, na posição de garante, detém o controle sobre a informação. Se esta informação manifestar potencial para causar ameaça ao bem jurídico (situação típica), então o *compliance officer* tem o dever de informar e o dever de impedir o resultado, desde que respeitados os pressupostos da possibilidade e da capacidade de agir.

Consoante Morais (2019)⁸, a despeito de divergências jurisprudenciais, a falta de critério concreto para a responsabilização do *compliance officer* resulta na responsabilidade penal objetiva associada ao cargo. Destarte, podemos inferir que o conhecimento profundo da estrutura da organização, bem como da distribuição das funções e cargos, e do detalhamento das atividades no *job description* para determinar a posição do *compliance officer* dentro da organização afastaria a responsabilidade objetiva associada ao cargo, uma vez que a responsabilidade pelo crime só seria imputada se fosse constatada sua posição de garantidor.

À guisa de conclusão, cabe ressaltar que este tema é incipiente na dogmática penal, uma vez que a cultura de *compliance* ainda debuta no Brasil, por isso ainda não houve um enfrentamento efetivo do tema pela legislação pátria, que faz com que o operador do direito tenha que se valer da análise da assunção fática no caso concreto para compilar os elementos necessários para a responsabilização penal do *compliance officer* no contexto de crimes omissivos impróprios.

⁷Cf. BOTTINI, 2018.

⁸ MORAIS, Vitória de Assis Pacheco. **Teoria da Omissão Imprópria Aplicada à Criminalidade Empresarial**. Trabalho de conclusão de curso (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Rio de Janeiro, 2019.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão Imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. **A Responsabilidade Penal do *Compliance Officer* nas Organizações**. São Paulo: D'Plácido, 2020.

MORAIS, Vitória de Assis Pacheco. **Teoria da Omissão Imprópria Aplicada à Criminalidade Empresarial**. Trabalho de conclusão de curso (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Rio de Janeiro, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jessica (org). **Governança Corporativa e Compliance**. Salvador: Juspodivm, 2021.