

PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO COMPLIANCE OFFICER

PREMISES OF CRIMINAL RESPONSIBILITY OF COMPLIANCE OFFICER

Renata Pereira Mayrink

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

renatapmayrink@gmail.com

Henrique Viana Pereira

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

henriquepenal@gmail.com

Resumo: O crescente desenvolvimento econômico e tecnológico que se tem vivenciado na modernidade ocasionou, para além de consequências benéficas, um incremento e o surgimento de novos riscos para a sociedade. Como resultado, houve o aumento no sentimento de insegurança social, que encontrou no Direito Penal a solução para seus anseios. Tem-se verificado, portanto, uma expansão e antecipação da tutela penal, principalmente em direção aos crimes cometidos no âmbito empresarial. Nesse contexto, os *compliance programs* se tornaram importante instrumento utilizado pelas pessoas jurídicas para prevenção de delitos. A responsabilidade penal por omissão imprópria pelos crimes cometidos no desenvolvimento da empresa, que recai originariamente nos diretores das entidades empresariais, responsáveis por conter eventuais riscos gerados com a atividade da organização, é, por meio da implementação de programas de boas práticas empresariais, delegada aos *compliance officers*, que assumem, contratualmente, a responsabilidade de impedir a ocorrência de infrações no âmbito empresarial, apropriando a função de garante. Contudo, não se pode imputar infrações penais a estes agentes observado apenas o cargo que ocupam na pessoa jurídica, necessárias são a análise quanto ao alcance das funções assumidas e a real possibilidade de desempenho, e a reflexão em relação aos princípios da causalidade e culpabilidade. Atualmente não há uma delimitação do alcance da possibilidade de responsabilização penal dos agentes responsáveis pelas políticas de boa governança, gerando insegurança jurídica. Destarte, o objetivo deste artigo é analisar, por

meio da pesquisa exploratória doutrinária, as premissas da responsabilidade penal do *compliance officer* no contexto de um Direito Penal de respeito a garantias.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Compliance officer. Responsabilidade penal. Princípio da causalidade. Princípio da culpabilidade.

Abstract: The growing economic and technological development that has been experienced in modernity has caused, in addition to beneficial consequences, an increase and the emergence of new risks for society. As a result, there is an increase in the feeling of social insecurity, which found in Criminal Law the solution to their desires. Therefore, there has been an expansion and anticipation of criminal protection, especially towards crimes committed in the business sphere. In this context, compliance programs have become an important tool used by legal entities to prevent crime. The criminal responsibility for improper omission for crimes committed in the development of the company, which falls originally in the directors of the business entities, responsible for containing any risks generated by the activity of the organization, is, through the implementation of programs of good business practices, delegated to the compliance officers, who are contractually responsible for preventing the occurrence of infractions in the business sphere, taking over the role of guarantor. However, it is not possible to impute criminal offenses to these agents, observing only the position they occupy in the legal entity, necessary are the analysis as to the scope of the functions assumed and the real possibility of performance, and reflection on the principles of causality and culpability. There is currently no delimitation of the scope of the criminal accountability of the agents responsible for good governance policies, generating legal uncertainty. The objective of this article is to analyze, through the doctrinal research, the premises of the criminal responsibility of the compliance officer in the context of a Criminal Law of respect to guarantees.

Keywords: Society of risk. Compliance officer. Criminal responsibility. Principle of causality. Principle of guilt.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna, marcada por um intenso desenvolvimento tecnológico e econômico, experimenta o surgimento de novos riscos como uma consequência indesejada do processo de modernização. Com a expansão dos novos riscos há um crescimento no sentimento de insegurança, pois a sociedade passa a lidar com situações até então desconhecidas e de consequências ainda indetermináveis, aumentando a demanda por proteção e rigidez de controle. Nesse contexto, o Direito Penal tem sido o principal instrumento de gerenciamento dos riscos modernos.

Diante da expansão de um modelo de intervenção penal preventivo, a figura do *criminal compliance* surge como uma forma de contenção de riscos nas organizações empresariais. Há uma tentativa, através desse instituto, de se antecipar a um direito penal já antecipado, buscando formas eficazes de evitar a responsabilização criminal da organização e seus dirigentes. Trata-se, assim, de um instrumento para prevenção de delitos no âmbito das pessoas jurídicas através da implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados à orientação de condutas.

A complexidade das companhias sempre tornou difícil a estipulação de responsabilidade pelos crimes cometidos em decorrência de suas atividades, e com a possibilidade de delegação das funções de garante aos *compliance officers* esse problema se torna ainda mais profundo. Surge então uma indagação: como delimitar as imputações penais por delitos cometidos no âmbito empresarial, em especial quando há delegação da função de garante?

O que se discute atualmente é a possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer* por omissão imprópria na condição de garantidor, já que, tendo como função primordial o desenvolvimento de políticas e estratégias de prevenção de delitos, cuja finalidade é evitar que ações praticadas no âmbito da pessoa jurídica se subsumam aos tipos penais vigentes, teria ele assumido por contrato a responsabilidade de impedir a ocorrência de crimes.

A responsabilidade criminal do funcionário deve preencher alguns pressupostos. Inicialmente se faz necessária análise quanto ao alcance da função de garante materialmente assumida. Neste contexto, apenas poderia ser responsabilizado criminalmente o *compliance*

officer se, podendo e devendo efetivamente agir no caso concreto, se omite permitindo a conduta ilícita. Relevante ainda é a análise em relação aos princípios da causalidade e culpabilidade, evitando-se que haja a imputação delitiva ao *compliance officer* simplesmente levando-se em consideração a posição ocupada na organização.

Historicamente, e ainda hoje, o papel do Direito Penal é a limitação do punitivismo estatal. Assim sendo, diante de um contexto atual de expansão da tutela penal para o âmbito econômico, é imprescindível a reafirmação das garantias penais tradicionais para a correta responsabilização dos agentes envolvidos, sem que se apele para o simbolismo penal.

2 DIREITO PENAL ECONÔMICO NA SOCIEDADE DE RISCO E O SURGIMENTO DO COMPLIANCE

Os institutos jurídicos surgem inseridos em determinado contexto e momento social, que merecem ser objeto de estudo para que haja uma melhor compreensão daqueles. Nesta toada, faz-se necessária uma breve análise sobre o período de surgimento de um novo Direito Penal com características peculiares e distintas das que predicam o Direito Penal clássico.

O crescente desenvolvimento econômico e tecnológico vivenciado na modernidade tardia foi acompanhado pelo surgimento de novos riscos sociais, gerando um aumento no sentimento de insegurança (BECK, 2011, p. 23). O progresso técnico-científico gerou não apenas consequência benéficas, mas também repercussões negativas que geram o risco de danos à sociedade, é o que diz Silva Sánchez:

Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como <<sociedad del riesgo>> o <<sociedad de riesgos>> (Risikogesellschaft). En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social

estructural. Ello, por hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 27).

Apesar de haver outros meios de proteção social, distintos dos meios próprios do Direito Penal, menos lesivos para os cidadãos, e, com frequência, mais eficazes (MIR PUIG, 2003, p. 109), a sociedade encontrou a solução para o controle dos novos perigos sociais, principalmente, no Direito Penal.

O Estado, com o fim de evitar delitos, poderia arbitrar medidas quase ilimitadas que, do ponto de vista daquele que vai ser castigado, poderiam ser consideradas como menos gravosas. Assim, por exemplo, para evitar a fraude fiscal, poderia incrementar a pressão fiscal formal sobre todos os cidadãos, criando múltiplas obrigações contábeis e abolindo, em absoluto, o sigilo bancário; ou para que não ocorressem condutas de administração desleal de sociedades, poderia estabelecer mecanismos de controle externo, encarregando a administração da fiscalização da legalidade das diversas decisões adotadas pelos órgãos de direção das empresas. Da perspectiva do sujeito que vai ser sancionado, tudo isso pode ser considerado como menos gravoso do que a pena a lhe ser imposta (ZAPATEIRO *apud* SOUZA, 2011, p. 122)

O que se observa é uma tendência de adaptação do Direito Penal clássico à nova realidade social advinda com a globalização. Este ramo do Direito passou a, não apenas incorporar objetos de proteção que antes não eram penalmente relevantes, mas também a adotar novas técnicas de tipificação, cuja característica principal é a prematuração da tutela penal a um momento prévio à violação ou à colocação em perigo concreto do bem jurídico protegido (RAPOSO, 2011, p. 269). A partir dessa premissa surge a expressão Direito Penal da Sociedade de Risco (SILVEIRA, 2006, p. 97).

(...) fato inegável é que, na sociedade moderna, acaba sendo percebida, dentro de um contexto jurídico, a real “socialização” desses ricos, chegando ao fim de não se admitir nem mesmo a ocorrência de situações de perigo. Saindo e abandonando as consagrações tidas a partir do Estado liberal clássico, forma-se, agora, um Estado de prevenção, onde o risco e o perigo assumem papel fundamental na apreciação penal. (SILVEIRA, 2006, p. 48).

Renato Melo Jorge Silveira (2006, p. 91) afirma que, muito embora a criminalização das situações de perigo, típica do Direito Penal da Sociedade de Risco, não seja novidade no mundo jurídico, o abuso desse modo de tipificação de condutas tornou-se significativo nos últimos tempos, de modo que, para sanar os riscos modernos, tem-se verificado atualmente uma expansão e antecipação da tutela penal principalmente em direção aos crimes cometidos no âmbito econômico. O interesse na utilização de reformas legislativas na área penal para enfrentar a nova criminalidade, na tentativa de modernizar o Direito Penal, tem em vista o preenchimento dos espaços de impunidade que surgem com a sociedade de risco (NEVES, 2011, p. 45).

Sempre existiram normas sancionadoras de condutas que colocam em prejuízo a ordem econômica, contudo, o Direito Penal Econômico, enquanto conjunto de normas homogêneo, somente surgiu no século XX (SOUZA, 2011, p. 105). Ao incremento da criminalidade econômica, em caráter transnacional, as instâncias de controle estatal reagiram editando uma série de leis de conteúdo penal econômico (PALHARES, 2011, p. 147). A criminalidade empresarial apresenta-se em desmedida escalada, “ensejando uma nova perspectiva para a abordagem repressiva estatal” (WALKER JÚNIOR, 2016, p. 260), fazendo com que o Direito Penal Econômico esteja em constante adaptação.

De fato, o Direito Penal Econômico tem se adaptado, com bastante frequência, às novidades que lhe são impostas. Em curtíssimo espaço de tempo, verificou-se mutação em diversos setores penais, desde novo tratamento supraindividual, novos institutos, traçando o que Nieto Martín qualifica, no âmbito penal econômico, como darwinismo jurídico, ou seja, uma significativa adaptação do Direito Penal Econômico através das mais diversas situações e modelos econômicos verificados ao longo dos anos. Essa evolução, que passou por significativos momentos de tensão em

criminalizações várias, principalmente a partir da notável influência da *soft law* como nova modalidade de fonte, encontra-se, uma vez mais, em xeque com o advento do chamado *criminal compliance*. (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 66)

Apesar de ser considerado um ramo peculiar do Direito Penal, o Direito Penal econômico não pode se desvincular do clássico, e é positivo que mantenha essa relação para que também deva respeito aos princípios penais basilares, como princípio da legalidade, taxatividade, culpabilidade e demais institutos de garantias inerentes a todas as pessoas.

Nesse contexto, diante da expansão da tutela punitiva estatal, os *criminals compliance programs* se tornaram importante instrumento utilizado pelas pessoas jurídicas para prevenção de delitos, por meio da programação de condutas que diminuem os riscos causados pela atividade. Trata-se do desenvolvimento de políticas, normas e meios de fiscalização internos à pessoa jurídica com a finalidade de evitar a subsunção de condutas praticadas no contexto da atividade empresarial a tipos penais previstos em lei.

De uma forma geral, o *criminal compliance* é visto como instrumento de detecção e prevenção de delitos em decorrência da atividade empresarial, cujo objetivo precípuo é evitar a responsabilização da Organização e de seus dirigentes.

Pode-se dizer que uma Organização “em *Compliance*” é aquela que, por cumprir e observar rigorosamente a legislação à qual se submete e aplica princípios éticos nas suas tomadas de decisões, preserva ileso sua integridade e resiliência, assim como de seus colaboradores e da Alta Administração. (SALLES, 2016, p. 98)

Com surgimento nos Estados Unidos, a adesão a *compliance programs* por pessoas jurídicas tem aumentado no Brasil nos últimos anos, devido tanto a um crescimento da participação brasileira no comércio mundial, quanto às inovações e alterações legislativas que têm valorizado esse instrumento de prevenção de delitos (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 114). São programas destinados a assegurar a observância da norma penal por parte dos protagonistas da atividade empresária (NEIRA, 2016, p. 469), e demonstrar incentivos para que a pessoa atue conforme a lei. Nesse sentido, os agentes decidem se vão cumprir as normas comparando os custos e benefícios esperados pelo *compliance* (BECKER, 2008, p. 42).

3 DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

A criminalidade que ocorre dentro das pessoas jurídicas revela uma dificuldade acerca da verificação correta da autoria, e, até mesmo, uma complicação para apurar o próprio fato criminoso, aumentando a importância dada ao *criminal compliance*, visto como uma maneira de redução da complexidade verificada na atividade empresarial (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 116).

Nesse sentido, observa-se que a atribuição de responsabilidades aos estratos superiores torna-se mais difícil quando a infração é perpetrada no âmbito das grades e complexas corporações, muitas delas de nível transnacional, em que o *iter criminis* esconde-se em um labirinto burocrático. Isso é bem evidente em crimes como a gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, corrupção de funcionários públicos nacionais ou estrangeiros, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outros. (SOUZA, 2014, p. 54).

Este problema de delimitação da autoria é recorrente na dogmática penal, e a jurisprudência tende a simplificar as soluções, o que se torna perigoso em se tratando de situações-limite como a determinação da responsabilidade criminal pelo descumprimento de deveres (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 128), e a delimitação da responsabilidade individual no âmbito das grandes corporações.

Como es sabido, la criminalidad empresarial se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y la jerarquía en el plano vertical. (...) Por lo que se refiere al primer aspecto, parece evidente que, pese los esfuerzos vertidos por la doctrina penal para delimitar la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa en sus diferentes estratos, los resultados siguen siendo ciertamente insatisfactorios. (CRESPO, 2009, p. 42 – 43).

Como salienta Bernardo Feijoo Sanchez (2012, p. 27) a emergência dessa nova realidade social e a problemática que surge com a configuração das pessoas jurídicas como organizações empresariais, muitas vezes multinacionais, com ampla dimensão e densa complexidade, não implica em uma impossibilidade de antemão de responsabilidade jurídico-penal das pessoas envolvidas no delito. O objetivo maior de toda a discussão em torno da delimitação da responsabilidade penal dos atores envolvidos na atividade empresária, é evitar o que se chama de “irresponsabilidade organizada”, ou seja, uma organização das responsabilidades que possibilite a existência de lacunas de impunidade, mas também se evitar o inverso, que seria a responsabilidade coletiva ou objetiva de todos os intervenientes da empresa (SOUZA, 2014, p. 54).

Atualmente é amplamente majoritária a doutrina favorável à possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria dos dirigentes das pessoas jurídicas pela não evitação dos delitos cometido por seus empregados (CRESPO, 2009, p. 52). Mas, ainda assim, não se pode conceber a imputação de delitos a agentes simplesmente pela posição que ocupam na organização, o que caracterizaria uma forma de responsabilização presumida.

“(...) o direito de exercer a punibilidade somente passa a existir a partir do momento em que houve uma conduta humana, típica e ilícita” (SALLES, 2016, p. 73) e, acrescente-se, culpável, cujo resultado seja penalmente relevante, devendo perpassar, portanto, pelas regras tradicionais de imputação do delito.

(...) a utilização do Direito Penal em novos setores importaria, segundo a Escola de Frankfurt, no sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito. Repudia-se o que se considera o abandono de uma estrita observância das regras de imputação objetiva e subjetiva e dos princípios penais e processuais penais de garantia elaborados pela Ciência Penal desde a Ilustração, em prol de uma duvidosa função preventiva que possa vir a desempenhar diante dos “riscos derivados das disfunções dos modernos sistemas sociais” (PÉREZ *apud* SOUZA, 2011, p. 125).

Ainda que o Direito Penal Econômico tenha rompido barreiras existentes no Direito Penal clássico, há premissas imprescindíveis para justificar a responsabilidade penal dos

envolvidos em um delito cometido no âmbito empresarial, dentre os quais se abrangem os dirigentes das organizações e os *compliance officers*.

3.1 Delegação das funções de garante pelo empresário ao *compliance officer*

Antes de se cogitar uma delegação das funções de garante aos *compliance officers* e sua responsabilidade penal por crimes comissivos por omissão cometidos no interior da corporação, deve se questionar a existência de uma posição de garantia pelos próprios empresários, porque o ordenamento jurídico pátrio não contempla, de forma expressa, ferramentas que possam delimitar a imputação penal aos empresários pelos fatos praticados em sociedade empresária complexa (GRANDIS, 2011, p. 336).

O desenvolvimento da empresa gera inúmeros e relevantes reflexos na comunidade, já que ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, arrecadação fiscal e contribui para a interligação da economia de mercado. Neste diapasão, Henrique Viana (2014b, p. 144) ressalta que essa atividade “não pode ser tratada apenas como uma produtora de riquezas, mas também como um poder”.

Destarte, a autonomia que se concede ao empresário para desempenhar suas atividades em um contexto liberal possui uma contrapartida, que é o cumprimento pela pessoa jurídica de sua função social. “Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, mas, além disso, devem estar em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida: busca da dignidade e da justiça social” (PEREIRA, 2014b, p. 146).

Então, a empresa deixa de ser vista como um instrumento de satisfação egoística dos sócios e administradores da sociedade empresária, e passa a ser analisada dentro de um contexto social, eis que, sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, as atividades devem ser voltadas para a realização de valores como a liberdade e dignidade e, por isso, não se permite que autonomia se confunda com alvedrio. (PEREIRA, 2014b, p. 147).

Ricardo Robles Planas (2016, p. 249-250) é certo ao expor que o dever do empresário de evitar condutas lesivas que surgem com a atividade empresarial se fundamenta

no fato de que com o exercício da empresa há uma assunção dos riscos de danos gerados pela própria atividade. De modo que é dever do empresário estabelecer mecanismos de organização que evitem a existência ou tornem os riscos toleráveis para a sociedade.

A ideia básica que fundamenta a posição de garantia dos órgãos de direção da empresa reside em que com o estabelecimento da organização o empresário assume o compromisso de conter aqueles riscos que venham a surgir da empresa para os bens jurídicos dos demais. Esta é a contrapartida da liberdade exercida mediante o estabelecimento da empresa. Resulta pacífico que a responsabilidade em comissão por omissão poderá ser fundamentada quando a empresa se converte em um foco evidente de perigos - pese a que inicialmente não o fosse -. (PLANAS, 2016, p. 249)

O artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2018), trata da relevância causal da comissão por omissão, ou omissão imprópria, determinando que a omissão será penalmente relevante quando o agente, devia e podia agir para evitar o resultado. Em suma, a responsabilidade pelos crimes comissivos por omissão deve recair àqueles que possuem o dever de agir para impedir o resultado, garantes, contudo se omitem. No âmbito empresarial o empresário-garantidor deve, portanto, de forma efetiva, e não apenas formalmente, agir no sentido de evitar danos causados pela empresa e evitar o cometimento de crime no desempenho da atividade, sob pena de, com a sua omissão, ser penalmente responsável pelos resultados.

O garantidor é, portanto, aquele que deveria agir para proteger a vítima do eventual resultado. Devendo responder por sua inação caso o resultado ocorra. Há, pelo que se pode depreender uma relação de causalidade entre o agente que não evita o resultado e o próprio resultado. Tal relação ocorre justamente por uma situação pretérita através da qual o sujeito ativo se incumbiu de atuar para que tal resultado não ocorresse. (SALLES, 2016, p. 72).

Naturalmente, é possível haver a delegações de funções nas pessoas jurídicas, principalmente em se tratando de corporações complexas. Os deveres de vigilância e controle da atividade, próprios da direção empresarial, podem ser delegados, e efetivamente o são, aos

compliance officers que assumem o dever de impedir a ocorrência de delitos na organização empresarial.

Contudo, segundo Robles Planas (2016, p. 247) os deveres assumidos pelos responsáveis pela implementação do programa de *compliance* são limitados, no sentido que não se apropriam da evitação da ocorrência de crimes, mas sim da função de avaliar os riscos da atividade, implementar um programa de conformidade às leis, vigiar o cumprimento do programa e, principalmente, informar à direção da empresa sobre eventuais riscos detectados e sua atividade.

Como define David Rechulski (2015), caberá ao *compliance officer*, responsável por coordenar a implementação das políticas de integridade da entidade empresarial e fiscalizar o seu cumprimento por parte dos funcionários, adotar políticas mitigadoras de riscos não apenas para a pessoa jurídica e seus gestores, mas também para a própria Administração Pública em face das entidades.

A posição do *compliance officer* ganhou relevância no âmbito penal a partir de uma sentença alemã do *Bundesgerichtshof* em 2009, na qual houve a atribuição de responsabilidade penal a um funcionário, tendo em vista o dever, decorrente de seu cargo, de evitar a ocorrência de delitos. Até então não se havia reconhecido a possibilidade de um funcionário responsável pela implementação, supervisão e controle de procedimentos internos em pessoas jurídicas, responder penalmente pelo descumprimento de seus deveres, daí inovação da referida decisão (PLANAS, 2016, p. 245-246).

A partir do momento que pessoas físicas que se encarregam do papel de supervisão, vigilância e controle das políticas de boa governança, se tornam penalmente responsáveis por crimes cometidos no interior da organização, torna-se necessária a delimitação dos pressupostos e alcance da responsabilidade penal desses profissionais, sob pena de insegurança jurídica (PLANAS, 2016, p. 245-246).

3.2 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* diante dos deveres assumidos

O setor de *compliance*, seja ele concentrado em uma pessoa ou uma junta de pessoas, é responsável apenas por coordenar a implementação das políticas de integridade na pessoa jurídica. Recebe, por delegação da direção empresarial, a responsabilidade de vigilância sobre as condutas praticadas e a atribuição de alertar aos setores competentes sobre risco da ocorrência de desvios (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 145). Deste modo, a posição de garante assumida, ressalte-se, não é completa, o *compliance officer* não assume a obrigação de impedir a ocorrência de delitos na organização (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 148).

A criação de um sistema de *compliance* não gera de modo automático a transferência da posição de garantidor ao funcionário, o que se cria é uma medida de cautela que impõe ao *compliance officer* a função de compilar e identificar os problemas e reportá-los aos órgãos diretivos para que esses tomem as decisões a respeito do que fazer (BUSATO, 2017, p. 20).

Assentado que também os deveres de controle e vigilância próprios da direção da empresa são suscetíveis de delegação, ao menos parcial, é precisamente neste marco onde entra em cena a figura do *compliance officer*: quem, entre outras coisas, assume a vigilância sobre o correto cumprimento do Direito nas diversas camadas da empresa e a transmissão das informações relevantes com respeito aos órgãos de direção. Certamente o *compliance officer* não tem faculdades executivas nem assume, com caráter geral, a obrigação de impedir delitos nos âmbitos submetidos à sua competência. Sua assunção é mais limitada: deve obter um conhecimento a respeito da conformidade ao Direito na empresa e, caso detectar que algo anda mal, deve transmitir o problema ao competente para que este o corrija.

Por conseguinte, o *compliance officer* não assume a completa posição de garantia de controle ou vigilância por delegação do órgão competente, tampouco é gerada nova posição de garantia com o mesmo conteúdo. O assumido pelo *compliance officer* constitui somente uma parte da posição de garantia, a saber, o dever de investigar e transmitir a informação ao órgão superior – autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa. (PLANAS, 2016, p. 252)

Posição diversa, contudo, é defendida por Renato de Mello Jorge Silveira:

Não obstante isso, é de se ver que ele exerce, sim, um papel de delegado com poderes de garantia, e, por isso, seria plenamente responsável a título penal. A assunção desse

papel de garante, com todas as implicações que lhe são impostas, deu-se a livre título, e havendo as condições para o exercício de seu desempenho, o *compliance officer* mostra-se penalmente solidário a tudo de for seu mister cuidar, vigiar, controlar ou proteger, Caso, entretanto, não sejam fornecidas as condições ideais para seu trabalho, sua função será simulada, não se considerando, assim, válida a delegação. (SILVEIRA, 2016, p. 243).

Apesar da controvérsia acerca da abrangência do poder garantia desempenhado pelo *compliance officer* e os limites de sua responsabilização penal, é pacífico entendimento de que para que possa haver imputação de infrações aos *compliance officers* é necessário que este detenha poderes efetivos para cumprir as funções assumidas, caso contrário não se pode falar em posição de garantidor.

Destarte, a possibilidade de responsabilização do *compliance officer* por crimes cometidos no âmbito empresarial deve ser limitada ao incorreto desempenho dos deveres apropriados, que estão demarcados pelo alcance da delegação real e materialmente assumida (PLANAS, 2016, p. 253). Quer dizer, é necessário no caso concreto analisar, além da extensão da condição de garante avocada contratualmente ou legalmente, também as reais possibilidades de ação do funcionário para evitar a lesão ao bem jurídico, isso porque não basta para responsabilizar o garantidor, que ele deva agir para evitar o dano, mas também que ele efetivamente possa, no caso concreto, intervir (CUNHA; SOUZA, 2017). Nesse sentido:

(...) o encarregado pela conformidade deve omitir uma conduta contrária aos deveres assumidos, cuja realização, como mínimo, houvesse suposto uma obstacularização à comissão do delito. Em regra, tratar-se-á da passividade do *compliance officer* diante de indícios sobre possíveis condutas delitivas ou da não transmissão de informação já obtida ao órgão competente para impedir a realização de tais condutas (por exemplo, bloqueando as denúncias recebidas). Mais raramente, casos em que o encarregado pela conformidade abandone totalmente suas funções. (PLANAS, 2016, p. 253-254)

A partir do momento em que o *compliance officer* desempenha corretamente as funções assumidas, de vigilância, controle e informação, ou seja, se implementa corretamente a política de boa governança, fiscaliza o seu cumprimento e reporta aos setores competentes o

risco de eventuais desvios para que tomem as medidas necessárias, ele não poderá ser responsabilizado penalmente. Nesse contexto, as palavras de Robles Planas:

(...) uma vez que se tenha transladado a informação relevante ao órgão competente para impedir o delito, este órgão não o impede, o *compliance officer* não responderá penalmente por não haver adotado ulteriores medidas encaminhadas para que o delito não se cometesse. Nota-se, então, que os deveres do *compliance officer* são deveres frente a empresa, (...). (PLANAS, 2016, p. 254).

Os deveres assumidos pelo *compliance officer* são, antes de mais nada, assumidos perante a pessoa jurídica. Eventual descumprimento da tarefa delegada, em princípio, apenas repercute no âmbito trabalhista ou civil-contratual, tendo em vista se tratar de descumprimento de tarefa estreitamente laboral ou de prestação de serviços. Não há relação com a assunção de responsabilidade na atividade empresarial, tampouco com o âmbito penal. Não se pode esperar que uma quebra em um sistema de autorregulação justifique efeito jurídicos em âmbito externo, dentre os quais o direito penal. A responsabilização penal do funcionário apenas seria cabível caso houvesse dolo, ou ainda que muito, culpa que gerasse o evento ilícito (BUSATO, 2017, p. 20).

3.3 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* pelo princípio da causalidade

Anote-se que, além da análise quando ao alcance da posição de garantia reclamada, deve ser verificado no caso concreto se houve real contribuição do *compliance officer*, seja ativamente, seja por omissão, para ocorrência do resultado ilícito, isto é, se há nexos causal pelo qual se possa imputar o resultado lesivo ao funcionário.

Ao analisar um fato punível, não se pode evadir da análise do nexo de causalidade, que é o liame ideal que possibilita a imputação de um resultado ao agente que lhe deu causa. Conforme leciona Cláudio Brandão, “a existência de um nexo de causalidade entre a conduta e o evento é a condição primeira e imprescindível para atribuição do fato criminoso ao sujeito” (BRANDÃO, 2010, p. 152). No mesmo sentido:

Ya hemos dicho que delito es en primer término una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción sensu stricto) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser inculcado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido.

Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (“conditio sine qua non”). Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: sublata causa tollitur effectus. (ASÚA, 1973, p. 221)

A necessidade de uma relação de causalidade para imputação do crime está prevista no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, que, adotando a teoria da equivalência das condições, expressamente prevê: “o resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 2018).

Sem que a conduta, em sentido amplo, praticada pelo *compliance officer* possa ser considerada a causa do delito, sem que haja esse liame entre causa e resultado, não se pode imputar o resultado lesivo ao bem jurídico ao agente, ainda que tenha atuado em desconformidade com as funções de seu cargo.

3.4 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* pelo princípio da culpabilidade.

Outra condição material necessária para justificar o “quando” e o “por quê” punir, segundo um modelo garantista de Direito Penal, é o princípio da culpabilidade que, segundo Ferrajoli (2002, p. 390), corresponde ao elemento subjetivo, ou psicológico do delito.

O conceito de culpabilidade passou por várias transformações. Inicialmente inseridos no elemento do tipo culpabilidade, dolo e culpa passaram, a partir da doutrina de Hans Welzel, teoria normativa pura, a se inserirem na ação, e não mais na culpabilidade, restando a esta apenas elementos normativos. Contudo, ao se falar no princípio penal da culpabilidade ainda

nos referimos a este instituto entendido como uma necessidade de elemento subjetivos para a imputação penal.

Consoante a teoria finalista, a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim. Ainda que se trate de uma ação culposa, há uma vontade finalisticamente direcionada, neste caso para um fim lícito, mas cuja reprovabilidade jurídica da conduta reside nos meios escolhidos pelo agente para realização do fim almejado (BRANDÃO, 2010, p, 141).

Não há que se cogitar a responsabilização penal sem que haja na conduta a vontade dirigida ao resultado. O próprio Código Penal brasileiro (BRASIL, 2018), em seu artigo 18, determina que deve haver o dolo, ou ao menos a culpa, se prevista legalmente a possibilidade de punição culposa, para que o sujeito seja punido por fato previsto como crime. É inadmissível que haja imputação penal sem os elementos subjetivos da conduta, pelo simples fato de o autor da ação ocupar determinado cargo na organização, sob pena de se verificar uma responsabilidade penal objetiva.

E, é justamente o dolo e a culpa que permitem uma responsabilidade penal subjetiva. Pois a diferença desta responsabilidade para a responsabilização objetiva é que nesta última não se discute culpa, *lato sensu*. São esses elementos subjetivos, de vínculo psicológico, que ligam o autor ao resultado. E somente quando estiverem presentes é que se pode discutir uma responsabilização penal. São necessários para a delimitação da responsabilidade penal. (SALLES, 2016, p. 81)

Ferrajoli (2002, p. 391), ao tratar do Garantismo Penal assevera que é “bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa”, em respeito ao postulado *nulla actio sine culpa*. A respeito de detalhes acerca das responsabilidades:

Dados estes critérios, a descrição das responsabilidades (diga-se, pelas atividades livremente organizadas em sua estrutura específica de gestão e monitoramento), “se o portador da decisão da associação promoveu ou deu causa a uma ação com déficit de organização ou monitoramento”, desperta o merecimento de sanção a cada uma das pessoas, na medida de sua participação, ou mesmo à pessoa jurídica. Antes disso, a responsabilidade individual deve se encontrar limitada à tomada de decisão de cada

um dos indivíduos, sem que venha a ceder aos vários mecanismos de “diversificação dos destinatários do dever primário original.” (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 145).

Deve haver um vínculo psicológico que ligue a conduta do *compliance officer* ao resultado ilícito ocorrido, ou seja, no caso concreto é necessário que se analise se houve vontade (dolo), ou ao menos culpa do agente em relação ao resultado, para que seja possível a imputação. É contrário a um Direito Penal de respeito a garantias a responsabilização penal do *compliance officer* em que se presuma o elemento subjetivo pelo simples fato da ocupação de uma função na organização empresarial.

4 CONCLUSÃO

Partindo de um Direito Penal apegado à criminalidade de natureza individual, ocorre uma mudança na forma de pensar tradicional desse ramo do direito para enfrentar o novo contexto social advindos da modernidade. O que se verifica é uma expansão da tutela penal para abarcar situações antes imprevistas, na crença de que uma inflação legislativa e o recrudescimento das penas seriam suficientes para conter os novos riscos sociais.

O Direito Penal, em geral, e, mais especificamente, o Direito Penal Empresarial, tem sofrido mudanças nos últimos anos, muito em virtude do cenário social em que vivemos, uma sociedade de risco. Nesse contexto, as pessoas jurídicas têm sido, cada vez mais, foco da tutela e expansão penal, já que são a principal fonte de produção de riscos na modernidade.

Nesse cenário, os *criminals compliance programs* ganharam especial relevância, pois além de prevenirem a ocorrência de delitos no âmbito empresarial, funcionam como instrumento preventivo capaz reduzir a complexidade das organizações empresariais para delimitar as responsabilidades pessoais por crimes eventualmente cometidos.

Em que pese a necessidade de adaptação dos institutos do Direito Penal clássico ao novo contexto criminal empresarial, e a dificuldade em se delimitar a autoria nos crimes cometidos no âmbito de corporações complexas, a resposta a essa criminalidade não pode se dar sem a observância dos institutos de garantias penais.

Nesse contexto, a observância dos limites da função de garante delegada ao *compliance officer* pelos dirigentes empresariais faz-se necessária. Este agente apenas deve responder por crimes comissivos por omissão enquanto garante, no contorno das funções materialmente assumidas, ou seja, deve desempenhar adequadamente o seu ofício, implantando as políticas de boa governança, fiscalizando o seu cumprimento e informando os órgãos diretivos acerca dos riscos de descumprimento, sob pena de responder criminalmente pelas infrações cometidas no desempenho da empresa.

É descabida a imputação penal desmedida de todo e qualquer delito cometido na organização ao *compliance officer*, tendo em vista que este não recebe por delegação a incumbência de impedir o cometimento de crime, não é um garante em plenitude, como os são os diretores das pessoas jurídicas. Necessariamente a possibilidade de responsabilização criminal desses funcionários deve ter em vista o incorreto desempenho das funções assumidas. Continuando a análise sobre os limites da incriminação dos *compliance officers*, essencial se faz, ainda, a análise quanto ao nexo de causalidade eventualmente existente entre a conduta, seja comissiva ou omissiva, do funcionário responsável pela política de boa governança, e o resultado ilícito.

Em respeito ao princípio da causalidade, apenas se pode imputar um resultado ao agente que com seu comportamento lhe deu causa. Não havendo vínculo causal entre a atuação do *compliance officer* e o fruto do crime, não há que se falar em imputação penal.

Por fim, crucial a verificação do elemento subjetivo da conduta. Segundo a teoria finalista, a ação penalmente relevante é aquela conduta, finalisticamente, dirigida ao fim típico. Nesta toada, para verificação da possibilidade de responsabilidade penal do *compliance officer*, há que se observar de na conduta praticada pelo funcionário havia dolo ou, ao menos, culpa em relação ao resultado penalmente relevante. Não havendo o liame subjetivo entre ação ou omissão e o dano causado ao bem jurídico, não se pode conceber a imputação penal, sob pena de se admitir uma responsabilidade penal objetiva.

O *compliance officer* não pode ser visto como um bode expiatório, ou como um ímã que atrai a responsabilidade penal que deveria recair nos diretores ou mesmo, se assim admita, nas próprias pessoas jurídicas (BUSATO, 2017, p. 19). O pano de fundo da análise sobre a responsabilidade penal desses funcionários são as garantias fundamentais, no contexto de um

Direito Penal garantista, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com a racionalidade na intervenção penal. A busca deve ser pela intervenção penal mínima, de máxima proteção.

Apesar do expansionismo penal, deve-se preocupar com os riscos de uma resposta simbólica à sociedade do risco, afinal, a inflação penal condena o sistema penal a uma função negativa, meramente simbólica, sem garantir uma maior proteção dos bens jurídicos. É o que se defende.

REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luis Jiménez de. ***Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito***. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana S.A, 1973.
- BECK, Ulrich. ***Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade***. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968). In: LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (Coord.). ***Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law***. Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 42.
- BRASIL. **Código Penal: decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- BUSATO, Paulo César. *Lo que no se disse sobre criminal compliance*. ***Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad***, Costa Rica, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Responsabilidade Penal do *Compliance Officer* por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. ***Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição***, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 420-440, jul-dez 2016.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. ***Revista Brasileira de Ciências Criminais***, São Paulo, n. 79, p. 41-74, jul-ago 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do *Compliance officer* na legislação brasileira**. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, XXII, 2017, Belo Horizonte. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/85.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção III, p. 335 – 366.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases del Derecho Penal. Maestros del Derecho Penal*. Vol. 5. ABOSO, Gustavo E. (Coord.). 2. ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2003.

NEIRA, Ana Maria. *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*. Política Criminal, Talca, vol. 11, n. 22, art. 5, p. 467-520, dez. 2016. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção I, p. 45 – 64.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção II, p. 147 – 175.

PEREIRA, Henrique Viana; ROSA, Bruna Pereira. **A Responsabilidade Penal e Civil dos Empresários no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014a.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. 214 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014b.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Premissas para a intervenção punitiva penal nos crimes materiais contra a ordem tributária**. In SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; MURICI, Gustavo Lanna; RODRIGUES, Raphael Silva. (org.). O Cinquentenário do Código Tributário Nacional. vol. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 2, p. 419-433.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teorias do delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. BRANDÃO, Cláudio (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e Direito Penal Econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção III, p. 267 – 300.

RECHULSKI, David. **Compliance Officer agora é gestor da integridade da empresa**. Revista Consultor Jurídico, jan-2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SALLES, Leonardo Guimarães. **Criminal Compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas**. 2016. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Tradução de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan-abr 2012. Disponível em: < http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/11/artigo2.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A omissão do Empresário como Crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. BRANDÃO, Cláudio (Coord.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política-Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção II, p. 105 – 145.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, p. 93-121, jul-set 2014.

WALKER JÚNIOR, James. *Criminal compliance* e responsabilidade penal. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CRUZ, Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião. (Org.). **Crimes Federais**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 259-272.