I Seminário Internacional
Estado, Regulação e Transformação Digital

O futuro das democracias: hipervigilância, fake news e outras ameaças

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

CRIMINAL LIABILITY OF THE COMPLIANCE OFFICER

Lucas Daniel Velasco da Silva[1]
Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL) – Cascavel/PR, Brasil
lucasdvelasco@hotmail.com

RESUMO: A institucionalização dos programas de *compliance* é uma realidade em diversos seguimentos e mostra-se muito relevante para a mitigação de condutas ilícitas nas entidades que os instituíram. O *compliance* pode ser considerado um mecanismo de controle e prevenção, pois permite analisar se as pessoas integrantes da instituição estão agindo de acordo com as regras internamente definidas e com as leis aplicáveis ao contexto da instituição. Portanto, no tocante ao direito penal, seus efeitos servirão para evitar condutas consideradas antijurídicas, alterando-se a tradicional aplicação da ciência criminal após o crime. O *compliance officer* é a pessoa devidamente capacitada que exercerá a coordenação, fiscalização e, caso seja necessário, a comunicação aos órgãos do Estado sobre eventuais irregularidades constatadas através da implementação do programa. No entanto, não há, nas leis nacionais, a exata definição das incumbências do mencionado profissional. Assim, deve-se avaliar a possibilidade de penalização do *compliance officer*, seus requisitos e a sua extensão, buscando o saneamento da lacuna jurídica. Através de pesquisa doutrinária e bibliográfica, verificou-se que o profissional poderá ser responsabilizado quando omitir-se em suas atividades, no entanto, todo o programa deverá ser detidamente averiguado, a fim de se legitimar a responsabilização e punição com penas de natureza penal.

Palavras-chave: Compliance; *Compliance Officer;* Responsabilização; Criminal; Possibilidade.

ABSTRACT: The institutionalization of compliance programs is a reality in several segments, which is very relevant for mitigating illegal conduct in the entities that have instituted them. Compliance may be considered a mechanism of control and prevention since it allows the analysis of whether the members of the institution are acting in accordance with the internally defined rules and with the laws applicable to the institution's context. Therefore, concerning

[1]Mestrando do Programa de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito do Centro Universitário de Cascavel - UNIVEL. Advogado. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Previdenciário. Especialista em Educação a Distância. Especialista em Gestão Empresarial. Autor de diversos artigos.

criminal law, its effects will serve to avoid unlawful conduct, changing the traditional application of criminal science after the crime. The compliance officer is the duly qualified person who will coordinate, supervise, and, if necessary, communicate to the State agencies about eventual irregularities found through the program's implementation. However, in the national laws, there is no exact definition of the duties of the mentioned professional. Thus, the possibility of penalization of the compliance officer, its requirements, and its extension must be evaluated, seeking the filling of the legal gap. Through doctrinaire and bibliographical research, it was verified that the professional might be held liable when he omits his activities; nevertheless, the entire program must be carefully investigated to legitimize the liability and punishment with penalties of a penal nature.

Keywords: Compliance; Compliance Officer; Liability; Criminal; Possibility.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa partirá da problemática decorrente da possibilidade de responsabilização do *criminal compliance*. Objetivando-se investigar detidamente o assunto, realizar-se-á a apresentação posicionamentos científicos obtidos à partida da pesquisa bibliográfica, verificando-se o defendido pelos pensadores do direito. Além disso, verificar-se-á analise de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais e decisões judiciais relacionadas ao problema.

De mais a mais, diante do contexto temático, serão apresentados os aspectos introdutórios da ciência penal, conceitos de crime, apresentação do programa de *compliance* e a possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer*, especialmente em hipóteses fáticas no contexto da omissão penalmente relevante.

Partindo-se dessas premissas, cotejar-se-á a finalidade, desafios e objetivos da ciência penal, no atual cenário jurídico, à luz da atual dogmática penal nacional. Ainda, mencionar-se-ão os conceitos de crime, a saber, os conceitos legais, formal, material e analítico, destacando-se suas especificidades teóricas e diferenças técnicas. Ainda, direcionar-se-á o estudo ao conceito analítico de crime, mencionando-se seus elementos e aprofundando a pesquisa conduta humana, que integra o fato típico do mencionado conceito.

Outrossim, fixadas as pertinentes características dos conceitos jurídicos de crime, serão abordados conceitos, aplicações e teorias sobre a omissão penalmente relevante, direcionando-se aos casos relacionados aos programas anticorrupção. Condutas criminosas, configuradas a partir de condutas omissivas, são excepcionais e poderão deflagrar efeitos no constitucional direito de liberdade, uma vez que poderá configurar crime a abstenção.

Dessa forma, serão destacados os requisitos para a atuação punitiva do Estado, com fundamentos extraídos de fontes formais imediatas e mediatas do Direito Penal. Ademais, estudar-se-á o programa de *compliance*, apresentando-se conceitos e mencionando-se as características para a institucionalização da cultura decorrente desse importante instrumento, a partir do qual se possibilita a definição de Códigos de Éticas e desenvolvimento de novas posturas nos ambientes laborais.

Além disso, com o programa, possibilita-se a criação de mecanismos administrativos para conscientizar, fiscalizar e sancionar eventuais transgressões disciplinares dos colaboradores, mitigando riscos jurídicos e econômicos, além de potencializar as instituições, caracterizando diferenciais nos contextos social e econômico e reconhecimento pela atuação de seus profissionais. Isto é, o posicionamento ético e consonante às normas jurídicas possibilitará o reconhecimento no contexto mercadológico, o que poderá, inclusive, gerar rentabilidade à instituição adepta a um efetivo plano.

Igualmente, discorrer-se-á sobre os *compliance officer*s, suas atribuições e consequências jurídicas de sua atividade no contexto do programa anticorrupção. Serão mencionadas as hipóteses que poderão ensejar a excepcional responsabilidade dos *compliance officer*s, mencionando-se os requisitos de acordo com as bibliografias jurídicas nacional e estrangeira.

O assunto revela-se pertinente e relevante, uma vez que a institucionalização dos programas de *compliance* é uma realidade em diversos seguimentos e mostra-se muito relevante para a mitigação de condutas ilícitas nas entidades que aderiram e instituíram o programa. Por outro lado, ao se definir a função do *compliance officer*, cria-se a figura do garantidor penal, que poderá ser responsabilizado por eventuais omissões criminalmente relevantes.

Assim, objetivando-se definir critérios técnicos e sistematizar os institutos jurídicos, serão apresentados os principais conceitos teóricos sobre *compliance,* vinculando-os ao direito penal no concernente ao recorte temático deste trabalho científico. Portanto, a pesquisa se dá à luz da dogmática penal e posicionamentos científicos sobre aspectos jurídicos dos programas *compliance.*

Dessa forma, serão apresentados os institutos jurídicos e hipóteses, buscando-se sanar o problema que norteou a presente pesquisa. Nesse sentido, doravante, são mencionados os conceitos iniciais sobre a ciência penal, progredindo os assuntos em direção às hipóteses juridicamente plausíveis.

1. FINALIDADES DO DIREITO PENAL E CONCEITOS DE CRIME

Buscando-se apresentar o contexto no qual poderá ocorrer a responsabilização criminal do *compliance officer,* importantes aspectos do Direito Penal serão apresentados à luz dos posicionamentos dos pensadores da ciência jurídica, juntamente com as finalidades e os conceitos da ciência penal.

As regras que limitam o poder punitivo do Estado, as condutas consideradas ilícitas e suas possíveis penas são definidas no contexto da ciência penal. É no direito penal que se encontram as regras mais graves do ordenamento jurídico, uma vez que, a partir da prestação jurisdicional no âmbito penal, é legitimada a segregação se um ser humano, após o devido processo legal, no qual deverão ser respeitadas todas as regras procedimentais, alcançando-se uma sentença penal condenatória. Portanto, deve-se destacar, nesse contexto, o inafastável princípio constitucional da legalidade, que autoriza a atuação do Estado somente quando houver lei anterior que assim possibilite (NUCCI, 2020).

Ademais, somente o ser humano é alcançado pelas sanções estatais, pois somente as condutas humanas conscientes poderão subsidiar o manejo punitivo do Estado. Ainda, o Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos que mantêm a sociedade, revelando-se como instrumento ético-social indispensável para manter o respeito à norma e manutenção da justiça. As normas penais, contudo, deverão atender as diretrizes constitucionais, somente considerando-se legítimas as normas que regulam as condutas com potencial lesividade, evitando-se leis que abstratamente definem crimes (CAPEZ, 2020).

Além disso, os fatos humanos mais complexos são geridos pelo Direito Penal, buscando-se definir as regras para aplicação da norma e garantir a expectativa social de aplicação das previsões normativas. Ou seja, a partir de leis e princípios, racionalizou-se o direito de punir do Estado, uma vez que as leis deverão ser respeitadas para a punição do sujeito ativo do injusto penal. Esse ramo do direito não é capaz de impedir que ocorram crimes, mas a expectativa das pessoas que integram a sociedade na qualuma lei é aplicada deve, na hipótese de uma prática ilícita, ser gerada. Garante-se, portanto, no corpo social, a confiança para o desenvolvimento das relações humanas, mantendo-se a mencionada expectativa sempre presente (ESTEFAM, 2018).

Ainda, o crime poderá ser conceituado por diferentes formas. A conceituação ocorrerá diante do aspecto legal, formal, material e analítico (CAPEZ, 2020).

O conceito legal de crime é extraído do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. É considerado injusto penal quando a norma incriminadora define penas de reclusão ou detenção, podendo-se, ainda, culminar pena de multa cumulativamente. No mesmo dispositivo legal, constou-se o conceito de contravenção penal, quando há previsão de prisão simples, podendo-se constar penal de multa (BRASIL, 1941).

Embora exista o conceito legal, os pensadores do direito atuam para a justa conceituação do injusto penal, mencionado os principais posicionamentos e estudando os elementos constitutivos do crime (ESTEFAM, 2018).

Na ótica formal, o crime ocorre quando a conduta humana se amolda ao descrito na lei. Ou seja, quando certa ação subsumir ao que a função legislativa definir como ilícito, configura-se um crime. Entretanto, não se considera a efetiva lesividade da conduta, o que mitiga o princípio constitucional da dignidade do ser humano (CAPEZ, 2020).

Por outro lado, no aspecto material, há efetiva preocupação em se entender o substrato da conduta típica; é valorado o risco decorrente da ação humana, considerando-se os elementos subjetivos e volitivos do agente que pratica o descrito na norma penal, diferentemente do conceito formal (ESTEFAM, 2018).

Ainda, o crime poderá ser apresentado analiticamente, destacando-se os elementos constituintes: fato típico, antijurídico e culpável, aos adeptos da Teoria Tripartite, ou fato típico e antijurídico, aos que seguem a Teoria Bipartite. O fato típico é composto pela conduta humana, omissiva ou comissiva, resultado, nexo causal e tipicidade. A conduta omissiva será analisada em capítulo próprio, diante da relevância do assunto no contexto temático da presente pesquisa científica (NUCCI, 2020).

Integra-se à antijuridicidade a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e cumprimento de dever legal. A culpabilidade é formada pela imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Para a perfectibilização do conceito analítico de crime, deverão ser analisados todos os elementos que materializam o injusto penal, devendo o operador do direito vislumbrar o crime como um ente jurídico complexo (NUCCI, 2020).

Os aspectos mais relevantes, diante da pretensão desta pesquisa, sobre o Direito Penal e conceitos jurídicos de crime foram apresentados, evidentemente sem a pretensão de exaurir

os assuntos, mas com o objetivo de definir o contexto no qual serão trabalhadas as demais premissas, as quais, a partir da conglobante análise, possibilitam a definição da responsabilização do *compliance officer* no Brasil. Entretanto, antes de se mencionar os fundamentos dos programas de *compliance,* é necessária uma apresentação dos fundamentos técnicos da responsabilização decorrente de omissões penalmente relevantes, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a qual será realizada no capítulo subsequente.

2. DOS CRIMES OMISSIVOS

Conforme o supracitado, a conduta humana penalmente relevante poderá ser comissiva ou omissiva. Entretanto, a omissão será penalmente pertinente quando a hipótese concreta amoldar-se a uma das hipóteses fáticas definidas em lei, o que será posteriormente apresentado. É necessária a apresentação das omissões relevantes, pois o *compliance officer* poderá ter o dever jurídico de agir. Então, ressoa-se relevante entender a sistemática penal em relação aos crimes decorrentes de abstenções humanas.

As teorias naturalística e normativa corroboram a definição da omissão penalmente relevante. Para os adeptos da primeira teoria, a omissão produz um resultado, existindo, portanto, vínculo entre omissão e alteração no mundo concreto. Aos adeptos da teoria normativa, a omissão não é capaz de gerar resultado, razão pela qual se nega a existência de nexo causal entre a omissão e a mudança no mundo exterior. Contudo, sustenta-se que o nexo é decorrente do dever comportamental extraído de uma norma jurídica que define uma postura positiva do sujeito ativo (ESTEFAM, 2018).

Em verdade, à luz da teoria normativa, a omissão ocorrerá quando o agente deixar de fazer o que a norma jurídica impõe. Nesse caso, há uma presunção legal sobre a relevância da omissão na cadeia causal, legitimando-se a punição do omitente pelo Estado, que poderá aplicar sanções de natureza penal (CAPEZ, 2020).

Em regra, delitos são cometidos por ação humana. Porém, a omissão com relevância penal é doutrinariamente classificada como própria e imprópria. Os injustos penais decorrentes da omissão imprópria também poderão ocorrer na modalidade de delitos comissivos por omissão (NUCCI, 2020).

O crime omissivo próprio impõe uma conduta ativa do sujeito autor do crime, mas a abstenção configurará o crime, de mera conduta ou forma. Ou seja, define-se um dever jurídico-

penal de evitar danos a bens jurídicos definidos como relevantes pelo Estado e materializados no tipo penal omissivo. A omissão nesses casos será considerada um crime, tratando-se de um modelo de conduta punível (CAPEZ, 2020).

Na omissão própria, não é necessário o resultado naturalístico, bastando-se a omissão para a configuração do crime, independentemente, portanto, de eventual modificação no contexto concreto. A conduta humana omissiva, por si só, possibilitará o manejo punitivo do Estado (ESTEFAM, 2018).

Ainda, o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal brasileiro, é configurado quando ocorre uma abstenção do sujeito ativo do crime, deixando-se a criança ou pessoa incapaz desamparada. Outro exemplo de configuração criminal que pode ser mencionado é o abandono material, constante no artigo 244 do mesmo diploma normativo, que versa sobre a omissão em relação à subsistência do cônjuge, filho menor ou incapaz e ascendente inválido. Além disso, o crime de notificação de doença, definido no artigo 269 do mesmo código, poderá ser configurado quando o profissional médico não realiza a devida notificação à autoridade da saúde responsável de doença compulsória (BRASIL, 1940).

Ademais, caracteriza-se como crime omissivo impróprio quando presente a figura do garante, ou seja, uma pessoa que a lei determina uma ação, impedir determinado resultado no mundo exterior. Nesses casos, o garante será punido pelo resultado, e não somente pela omissão (CAPEZ, 2020).

No mesmo sentido, Jacobo Dopico Gómez-Aller (2012) assevera que "*para hablar de comisión por omisión de un delito es necesario que el omitente estuviese previamente em posición de garante*".

A omissão imprópria ocorrerá nas hipóteses definidas no artigo 13, parágrafo segundo, alíneas "a", "b" e "c", do Código Penal brasileiro, quando a lei determina o dever de proteção, quando o agente assume a obrigação de agir, e quando o omitente cria o contexto de risco, com sua ação anterior (BRASIL, 1940).

Pais, tutores, curadores e administradores poderão ser responsabilizados pelos resultados, em relação aos seus filhos, tutelados curatelas e administrados, pois, para eles, há o dever de agir imposto pela lei. Além do dever legal, quando realizado negócio jurídico que coloque o contratado em posição de garantidor, a omissão será penalmente relevante. Por exemplo, um vigia contratado por um condomínio não poderá manter-se inerte em eventual

contexto de furto dos imóveis, sob pena de ser responsabilizado também pelas subtrações que poderão ocorrer (NUCCI, 2020).

Igualmente, no contexto do *compliance officer*, há a realização de um negócio jurídico, a partir do qual se institui a figura do garante nos moldes da legislação nacional. Entretanto, os aspectos sobre esse omitente serão analisados em capítulo próprio (FORIGO, 2016).

Quando a ação anterior cria o contexto de risco, o agente deverá agir, sob pena de sua omissão subsidiar sua punição. Como exemplo, caso alguém empurre uma pessoa em uma piscina, esse deverá agir para evitar o resultado gravoso à vida, já que a ação primeva criou o contexto de risco, fazendo-se necessária, então, ação para evitar a mudança no mundo concreto e o dano decorrente da ação inicial. Nesses casos, verifica-se uma conduta anterior que alterou o contexto, gerando-se o risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora (NUCCI, 2020).

Extrai-se, portanto, os três requisitos da omissão imprópria, a saber, o omitente deverá vislumbrar a situação fática, mas mesmo assim ter a consciência que poderia agir, existindo-se a possibilidade da ação juridicamente devida. Ou seja, deve-se restar delineado o dolo da omissão a fim de se legitimar a responsabilização do omitente no âmbito do direito penal (CAPEZ, 2020).

Diante do exposto, restaram-se fixadas as premissas teóricas sobre os crimes omissivos, que são verdadeiramente exceções no contexto jurídico-penal, mas altamente relevantes ao recorte temático do problema jurídico inicialmente apresentado para o desenvolvimento da presente pesquisa. A seguir, serão mencionadas as notas distintivas e conceituais do *compliance*, progredindo os assuntos estudados.

3. PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Apresentados os principais aspectos do direito penal e das hipóteses punitivas decorrentes de omissões, é oportuno apresentar os conceitos, fundamentos e regras dos programas de *compliance*.

Com o programa anticorrupção, os riscos de eventuais demandas judiciais serão reduzidos, pois os integrantes das instituições estarão devidamente preparados para atuar nas demandas internadas. Além da capacitação para que se desenvolva a nova cultura interna, regras internas e preceitos éticos, de acordo com a lei, a fiscalização dos administradores gerará efeitos

que minimizarão e evitarão ações equivocadas por parte da equipe (ALMEIDA; CARVALHO, 2019).

Além disso, com a escorreita criação e aplicação de programas de *compliance*, a sociedade contará com um relevante mecanismo de controle da criminalidade. Em que pese o programa deflagrar efeitos administrativos e internos, conterá possíveis crimes, especialmente porque a finalidade primeva do programa é diminuir riscos, decorrentes do descumprimento das normas internas e leis, inclusive de natureza penal. Por isso, com a fiscalização interna, poderão ser constatados os descumprimentos das regras, e os gestores poderão racionalizar a decisão para resolver o caso e, especialmente, para evitar futuras demandas semelhantes à detectada e resolvida (FELICIO, 2020).

De mais a mais, objetivando-se definir regras de atuação nas instituições públicas e privadas, os programas de integridade revelam-se como eficazes instrumentos. Buscam, sobretudo, desenvolver novos comportamentos éticos e adequados ao ordenamento legal a partir de um completo plano de ação, envolvendo os mais diversos setores das instituições (BERTOCELLI, 2019).

Deve-se mencionar que o programa de *compliance* é fundamentado na autorregulamentação, buscando-se garantir a aplicação das regras definidas na instituição que aderiu ao programa. Outrossim, pode-se considerá-lo como um mecanismo de controle, pois será possível analisar se as pessoas integrantes da instituição estão agindo de acordo com as regras internamente definidas, bem como com as leis aplicáveis ao contexto da instituição. Portanto, no tocante ao direito penal, o programa anticorrupção será prospectivo, ou seja, será aplicado, e seus efeitos servirão para evitar condutas consideradas antijurídicas no âmbito do direito penal, alterando-se a tradicional aplicação da ciência criminal após o crime (FELICIO, 2020).

A atuação das pessoas envolvidas nos programas é complexa, com atribuições em níveis distintos, mas alçando todos e desenvolvendo um conglobante modelo organizacional. Os responsáveis pela direção das instituições, os supervisores, chefes de setores e colaboradores deverão entender o novo plano, o que ocorrerá com capacitação constante e definição de regras objetivas. Ainda, o público externo também poderá ser atingido, pois fornecedores deverão atender ao novo modo de atuação (ALMEIDA, CARVALHO, 2019).

Ademais, com uma cultura da legalidade definida no ambiente interno da instituição, com Códigos de Ética e padrões previamente definidos de denúncias, fiscalizações e aplicações

de sanções administrativas, os integrantes devem entender as regras do ambiente laboral e desenvolver senso de responsabilidade, pois saberão que eventuais transgressõesdisciplinares, afastando-se das regras internas ou da lei, estarão passíveis de manejos punitivos (FELICIO, 2020).

Com a institucionalização de um eficaz programa de *compliance*, busca-se, principalmente, prevenir problemas no contexto interno da instituição, o que deflagrará efeitos benéficos no tocante ao aspecto econômico, eis que, da diretoria aos colaborares, haverá uma nova formula para atuação profissional, pautada na retidão e no objetivo de seguridade do cumprimento das regras definidas no programa anticorrupção (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015).

Assim sendo, o programa de *compliance* será um instrumento de prevenção, inclusive de crime, materializando-se como medida de política criminal, possibilitando a proteção de bens jurídicos relevantes, relacionados ao contexto econômico, e combatendo eventuais condutas criminosas já existentes com os mecanismos de fiscalização internos (FELICIO, 2020).

Oportunamente, além do cumprimento de regras jurídicas, o programa poderá definir os valores da instituição, definindo-se a forma pela qual se gerenciará as pessoas e os recursos. Há, dessa forma, uma forma predeterminada de gestão, com definição de objetivos e processos que deverão ocorrer, reforçando-se a aplicação das regras e auxiliando a atuação das instituições do Estado (FORIGO, 2016).

Instituições sérias e comprometidas com a justa aplicação de programas de *compliance,* além de mitigarem riscos e, consequentemente, evitar prejuízos, certamente serão destaques no contexto social, o que poderá deflagrar efeitos econômicos e reputacionais benéficos às instituições (BERTOCELLI, 2019).

Em relação à respeitabilidade social da instituição, Asunción López Arranz (2019) assevera que "*La implementación em La gestión empresarial de una cultura de La prevención también em el ámbito penal supondrá um paso más hacia una organización responsable socialmente em el que lós principios de la trasparencia y el cumplimiento de la legalidad*".

Por fim, constatados os fundamentos e características dos programas de *compliance,* a seguir serão apresentadas as atribuições do *compliance officer* nesse contexto, destacando-se os principais aspectos jurídicos e suas responsabilidades, objetivando-se a apresentação das hipóteses que se direcionarão ao problema investigado.

4. *COMPLIANCE OFFICERS*

Uma vez apresentado o programa anticorrupção, é necessário entender a função do *compliance officer,* mencionando-se suas principais características e atividades que poderão ser desenvolvidas no contexto corporativo e os aspectos normativos e posicionamentos técnicos sobre o assunto.

Entende-se que esse profissional que é a pessoa devidamente capacitada que exercerá a coordenação, fiscalização e, caso seja necessário, a comunicação aos órgãos do Estado sobre eventuais irregularidades. Ou seja, a análise do cumprimento das regras constantes nos Códigos de Éticas, programas de *compliance* e legislação nacional serão de responsabilidade do *compliance officer*. Porém, deve-se consignar que não há, nas leis nacionais, a exata definição das incumbências do mencionado profissional, devendo suas atribuições ser previamente definidas nos programas anticorrupção e podendo ser diferentes em cada instituição, diante da ausência normativa (FORIGO, 2016).

Sobre o assunto, Jacobo Dopico Gómez-Aller (2012) menciona que quando o *compliance officer* não puder realizar diretamente atividade para conter o injusto penal, deverá *"reportar lós hechos a um órgano que si esté dotado de dichas funciones para que pueda intervenir*".

No mesmo sentido, em decorrência da ausência de regras, constarão no programa anticorrupção as atribuições profissionais do *compliance officer,* a partir das quais será extraída a qualidade jurídica de garante, legitimando a análise das condutas, inclusive as abstenções, no âmbito do Direito Penal (MENDES 2018).

Quanto ao profissional em comento, Asunción López Arranz (2019) ensina que "*Compliance Officer enla empresa no es más que um trabajador cualificado sobre la que recae la obligación de obedecer las órdenes de su empresario y sobre el que recaerá una importante responsabilidad del cumplimiento de la prevención penal*".

De mais a mais, em regra, as funções do *compliance officer* são delegadas pelo empresário, a partir de uma obrigação contratual. Dessa forma, deverá esse profissional zelar pelo cumprimento das regras do programa anticorrupção diante do cargo assumido na instituição, bem como deverá cumprir suas atividades contratualmente definidas. Além do mais,

o *compliance officer* deverá comunicar à direção eventuais práticas ilícitas, especialmente de natureza penal (FORIGO, 2016).

Entretanto, é necessário que os deveres do *compliance officer* sejam definidos detalhadamente, buscando-se evitar descargas de atribuições, especialmente relacionadas à fiscalização de práticas ilícitas, para que não ocorram responsabilizações equivocadas diante da ausência de atuação do profissional (MENDES 2018).

Ainda, no Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, constou-se genericamente que o *compliance officer* será o titular responsável pela implementação das regras do programa anticorrupção, sem aprofundar-se e definir as possíveis atividades desenvolvidas pelos profissionais. Revela-se, dessa forma, a importância dos programas de *compliance,* que devem ser elaborados diante das características de cada instituição, e, principalmente, apresentando-se deforma objetiva os serviços que deverão ser realizados durante a implementação e manutenção das atividades do programa anticorrupção (CARDOSO 2016).

Na mesma linha de ideias, Eduardo de Urbano Castrillo (2016) ensina que o *compliance Officer* é responsável pela "*elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control*".

Acerca do contexto bancário, o *compliance officer* deverá analisar as regras internas das instituições, verificando a regularidade em relação às demais normativas do Banco Central, normas nacionais e Códigos de Ética. Suas atividades serão desenvolvidas para verificar a impedir as negociações ilícitas, relacionadas à lavagem de dinheiro. Ademais, o profissional exercerá atividade de direção e deverá apresentar as demandas concretas, bem como as possíveis complicações decorrentes e possíveis problemas, antecipando a atuação e diminuindo os riscos, reportando-as aos conselhos de administração ou, ainda, ao presidente da instituição (NETO; COSTA, 2020).

Portanto, o *compliance officer* objetivará a implementação do plano anticorrupção, para evitar e mitigar riscos decorrentes de práticas irregulares, incluindo práticas de condutas ilícitas e criminosas. Em regra, esse profissional não detém competência para aplicar sanções; contudo, deve sempre comunicar à direção e demais supervisores responsáveis quando ocorrer uma irregularidade. Contudo, diante da ausência de normas regulamentadas, o plano de *compliance* poderá definir outras atribuições aos *compliance officers,* inclusive possibilitando a aplicação de sanções. Ou seja, o programa anticorrupção deverá ser analisado para definir

quais são os limites da atuação do profissional, evitando-se presunções que poderão atribuir efeitos jurídicos ao *compliance officer* (FORIGO, 2016).

Dessa forma, como é possível a assunção de competências por parte do *compliance officer*, deve-se analisar a responsabilidade criminal de suas condutas, especialmente no concernente aos crimes decorrentes de omissões penalmente relevantes. Portanto, a seguir, serão apresentados os aspectos da responsabilização desse profissional à luz da dogmática penal brasileira.

5. A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

Partindo-se das premissas apresentadas, deve-se analisar a responsabilidade penal das condutas omissivas do *compliance officer*. Por conseguinte, serão apresentadas as hipóteses que poderão ensejar a responsabilização no contexto dos programas anticorrupção.

Como alhures verificado, as atribuições do profissional *compliance officer* deverão constar expressamente no programa anticorrupção, isto é, o campo de atuação, autonomia e poderes administrativos serão previamente definidos. Além disso, será plenamente possível determinar a responsabilização penal do *compliance officer* quando as regras do programa instituírem a posição de garante, isto é, quando, a partir de um negócio jurídico, o profissional comprometer-se a realizar as atividades para evitar o resultado nos moldes constantes no artigo 13, parágrafo segundo, alínea b, do Código Penal brasileiro (FORIGO, 2016).

Ademais, deve-se analisar o caso concreto para legitimar eventual imposição de uma pena pelo Estado contra o *compliance officer* caso se verifique a presença de elemento subjetivo, dever de evitar crimes, omissão penalmente relevante, resultado naturalístico e possibilidade de atuação do profissional para evitar o injusto penal. Oportunamente, cumpre destacar que a interpretação das hipóteses de responsabilização do *compliance officer* deverá ocorrer à luz do ordenamento jurídico nacional, evitando-se, ainda, o fenômeno da expansão do direto penal, alcançando condutas e punindo pessoas equivocadamente(CARDOSO 2016).

No mesmo contexto, deve-se evitar a inflação na criação de norma jurídica incriminadora, levando-se em consideração o princípio da fragmentariedade. Dessa forma, o direito penal somente deverá regular as situações fáticas quando necessário, seja porque os demais ramos do direto não forem aptos a conter as condutas ilícitas ou, ainda, porque não há como responsabilizar o sujeito. Contudo, como alhures verificou-se, o ordenamento jurídico

brasileiro possibilita a punição no contexto criminal pela omissão impróprio, o que revela a prescindibilidade de novas leis para se garantir a punição do *compliance Office r*omitente(NETO; COSTA, 2020).

Evidentemente, contudo, a responsabilização do *compliance officer* não ocorrerá pela simples ocupação do cargo, ao revés, se deverá analisar o caso real submetido a julgamento para definir se o crime não evitado possibilitará a responsabilização no âmbito penal, especialmente diante do princípio da culpabilidade penal, o qual impede a responsabilização objetiva sem análise dos elementos subjetivos dos tipos penais incriminadores (FORIGO, 2016).

Como bem apresenta Eduardo de Urbano Castrillo (2016), é necessário realizar*"una debida evaluación de ello, es preciso ponderar el nivel de independencia y recursos de que dispusiera el'oficial de cumplimiento', cuestiones sobre las que organizar su defensa."*

Diante das regras de direito penal existentes no Brasil, não é necessária a criação de uma figura típica para incriminar o *compliance officer,* pois, estando presentes os requisitos do artigo 13, parágrafo segundo, alínea b, do Código Penal brasileiro, o omitente poderá ser responsabilizado pelo resultado decorrente da prática criminosa; em outras palavras, o omitente poderá ser punido, no contexto do programa de *compliance,* diante de sua omissão imprópria com relevância penal(FORIGO, 2016).

As atribuições do *compliance officer* deverão indicar sua competência para gerenciar a instituição, para que se vislumbre a omissão relevante, como ensina Eduardo de Urbano Castrillo (2016), deve-se atestar "*o 'poder de mando', esto es, poder de desempeñar una función de garante de evitación del resultado.*"

Além disso, uma importante reflexão deverá ser realizada diante da atuação do *compliance officer* nas instituições adeptas a programas anticorrupção: ao se realizarem inspeções e instaurarem procedimentos administrativos para a averiguação de condutas criminosas, os direitos dos envolvidos no contexto deverão ser integralmente respeitados, especialmente dos colaboradores da instituição. Os inafastáveis direitos constitucionais das pessoas serão resguardados, devendo-se evitar práticas constrangedoras para obtenção de provas (MENDES 2018).

Sobre a responsabilidade por omissão, Juan Francisco Pozo Torres (2020) menciona que "*el incumplimiento de lós deberes delegados puede configurar una sanción por comisión por omisión por el delito comisivo de um tercero*".

Na Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, três pessoas que atuavam no programa de *compliance* foram condenadas pelo crime de lavagem de capitais, na modalidade omissiva, uma vez que se omitiram e não cumpriram os deveres afetos à prevenção de crimes na instituição. Portanto, além da relevância teórica do assunto objeto de estudo no presente trabalho, há pertinência prática, visto que casos concretos já foram submetidos à função judiciária do Estado, e houve a aplicação de normas penais aos omitentes (NETO; COSTA, 2020).

Portanto, verifica-se que o profissional *compliance Officer* poderá ser responsabilizado quando omitir-se em suas atividades, de acordo com as definições do Código Penal brasileiro, podendo ser configurada a hipótese de omissão imprópria penalmente relevante. No entanto, o programa de *compliance* deverá ser detidamente averiguado, buscando-se constatar as atribuições e omissões que ocorreram, a fim de se legitimar a responsabilização e punição com penas de natureza penal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verificou-se a possibilidade e os requisitos para a responsabilização do *compliance officer* a partir de pesquisa bibliográfica. Apresentaram-se os aspectos do Direito Penal, destacando-se sua finalidade de proteção de bens jurídicos considerados relevantes pelo corpo social, bem como seu efeito relacionado à expectativa social de aplicação das previsões normativas.

Mencionou-se, também, que eventual manejo punitivo do Estado ocorrerá ao final de uma ação judicial, respeitando-se os direitos da pessoa submetida ao processo, especialmente as inafastáveis garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Para mais, apresentaram-se os conceitos jurídicos do crime, destacando-se as principais características dos aspectos legal, formal, material e analítico, diferenciando-se ao final crime e contravenção penal.

Foram verificados os elementos que formam o conceito analítico de crime em relação aos fatos típicos e suas características, destacando-se a conduta humana relevante para a configuração do injusto penal. Entretanto, os elementos que integram a culpabilidade e antijurídicas foram apresentados objetivamente, embora a pesquisa se aprofundasse em relação ao fato típico diante do contexto temático e problema jurídico da presente pesquisa científica.

Por fim, denotou-se que a conduta poderá ser comissiva ou omissiva, apresentando-se posteriormente, conceitos teóricos e exemplos doutrinários sobre omissão própria e imprópria.

As hipóteses fáticas ensejam a omissão imprópria e previsões do Código Penal brasileiro, objetivando uma definição dos critérios objetivos para a responsabilização penal da pessoa omitente.

Além de que, vislumbraram-se posicionamentos teóricos sobre o programa de *compliance*, asseverando-se sobre os principais aspectos para sua aplicação nas instituições. Os programas anticorrupção são relevantes mecanismos à disposição da sociedade, pois poderão ser utilizados para definir novos modelos negociais e comportamentais, capacitar os colaboradores, instituir Códigos de Ética e planos institucionais e fiscalizar as normas aplicáveis.

Notou-se, ainda, que com programas de *compliance*, além dos efeitos imediatos e internos, o conceito social da instituição também será alterado, o qual será reconhecido pela idoneidade e atuação exemplar, aumentando-se o potencial econômico no âmbito mercadológico. Nesse contexto, à luz dos posicionamentos dos pensadores do direito, revelou-se a importância do programa anticorrupção, destacando-se os benéficos efeitos que serão deflagrados a partir de sua aplicação.

Além do mais, mencionaram-se as atividades que serão realizadas pelo *compliance officer*, que atuará no gerenciamento das demandas internas, podendo fiscalizar, orientar e, excepcionalmente, aplicar punições aos agentes que deixarem de cumprir o Código de Ética, as regras internas e a lei.

A atuação desse profissional é altamente relevante, pois mitigará as condutas ilícitas no contexto da instituição, e, quando ocorreram, poderão ser identificadas e propostas as soluções viabilizadas, bem como adotados novos procedimentos para se evitar outras irregularidades.

Ainda, verificou-se a responsabilização criminal do *compliance officer* em relação às condutas omissivas no contexto do programa anticorrupção. Caso seja provada a condição de garante, a omissão juridicamente relevante, o resultado e a possibilidade para conter ou denunciar a conduta criminosa, poderá haver a excepcional responsabilização do omitente.

Para tal, constatou-se que a punição não ocorrerá simplesmente pela condição do *compliance officer*, mas também pela necessidade de se analisar detidamente o caso concreto, verificando-se as regras administrativas e atribuições constantes no programa anticorrupção,

bem como contexto no qual o omitente estava inserido. Tal fato se deve para se evitar, no contexto criminal, a responsabilização objetiva das pessoas, somente legitimando a atuação do Estado quando verificados os elementos subjetivos.

Assim sendo, conclui-se que os programas anticorrupção são relevantes no atual cenário social e deverão ser elaborados a partir do contexto da instituição, individualizando-se os projetos e regulamentando-se as atividades que serão implementadas, especialmente as atribuições do profissional *compliance officer*, para que sejam atendidas as finalidades da entidade.

REFÊNCIAS

ALLER, J. D. G. **Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *Compliance officer* y otros garantes en la empresa.** Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 843: 2012. Disponível em <https://www.researchgate.netpublication263617705_Presupuestos_basicos_de_la_responsabilidad_penal_del_Compliance_Officer_y_otros_garantes_en_la_empresa>. Acesso em 10 Nov. 2021.

ALMEIDA, Bruno; CARVALHO, Itamar. **Programas de *Compliance:* Foco no Programa de Integridade**. *In*: BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; *et al*. **Manual de *Compliance.***Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARRANZ, L. A. **El trabajador con funciones de compliance officer en la empresa, en Europa y España.** Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales. v. 15: 2019 Disponível em <https://www.redalyc.org/journal/5819/581961489005/html/>. Acesso em 10 Nov. 2021.

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; *et al*. **Manual de *Compliance.*** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARDOSO, R. E. S. **Responsabilidade Penal Do Compliance Officer Por Omissão Imprópria Nos Crimes De Lavagem De Dinheiro.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. v. 2: 2016. Acesso em 10 Nov. 2021.

CASTRILOO, E. U. **La responsabilidad penal del *"compliance officer".*** Revista Aranzadi. v. 4: 2016. Disponível em <http://www.graduadosocial.org/archivos/compliance_officer.pdf>. Acesso em 10 Nov. 2021.

ESTEFAM, A. **Direito penal: parte geral.** 7. ed. Saõ Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELICIO, G. L. **Compliance E Autorresponsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica: o modelo espanhol como referência para o Brasil.** Revista Liberdade. v. 11: Jan/Jun: 2020. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-27-08-2020-18-30-28-304089.pdf>. Acesso em 10 Nov. 2021.

MENDES, P. S. **Law Enforcement e Compliance.** Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal. Coimbra: Almeida, 2018.

NETO, Z. A. A; COSTA, D. P. **Omissão Imprópria Como Fundamento da Responsabilização Penal do Compliance Officer Pelo Crime de Lavagem de Captais.** Revista Jurídica da ESMPSP. v. 17: 2020. Disponível em <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/379>. Acesso em 10 Nov. 2021.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIOS, S. R. CARDOSO, R. E. S. **Responsabilidade Penal Do Compliance Officer Por Omissão Imprópria Nos Crimes De Lavagem De Dinheiro.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de mestre. Disponível em <https://sites.usp.br/businessandcrime/wp-content/uploads/sites/278/2020/10/FORIGO-CAMILA.-Dissertacao-Mestrado.pdf>. Acesso em 10 Nov. 2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

TORRES, J. F. P**. Compliance Y Posición De Garante: Imputación De Hechos Delictivos Al Compliance Officer**. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época. v. 23 Disponível em <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/74000>. Acesso em 10 Nov. 2021.