

Rogério Sanches Cunha
Membro do Ministério Público de São Paulo (promotor de Justiça)
Professor de Penal da Escola Superior do MP/SP
Professor de Penal e Processo Penal no CERS - CURSOS ONLINE (www.cers.com.br)

Renee do Ó Souza
Membro do Ministério Público de Mato Grosso (Promotor de Justiça)

A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do *Compliance officer* na legislação brasileira

SÍNTESE DOGMÁTICA

A fiscalização adequada de um programa de Compliance pelo Ministério Público é importante, porque ele, a depender da legislação de regência no caso, pode levar a atenuação da pena (caso da Lei 12.846/2013) ou a isenção de responsabilidade da empresa (caso da Lei 9.613/1998). Além disso, sobretudo no contexto do direito penal contemporâneo, cumpre compreender as funções mitigadoras dos riscos do Compliance para verificar a responsabilidade daqueles que o implementam, visto colocarem-se como garantes dos ilícitos que pretendem evitar.

FUNDAMENTAÇÃO

A tese ora proposta diz respeito a possibilidade de identificar responsabilidade criminal do Compliance Officer no caso de sua omissão ter relevância causal para a ocorrência dos atos ilícitos para os quais comprometeu-se evitar. Entende-se como Compliance o “conjunto de ações e planos adotadas facultativamente por pessoas jurídicas visando garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral¹”.

Nesses casos, pretende-se, por meio do programa, assegurar que a pessoa jurídica que o adota, não pratique os atos considerados ilícitos pela legislação. Essa pretensão é alcançada pela adequação, fortalecimento e funcionamento de um sistema de controle interno que mitiga riscos e dissemina o cumprimento de leis e regulamentos existentes no segmento em que atua a pessoa jurídica.

O programa de Compliance exerce função impeditiva do ilícito e como o Compliance Officer é o responsável pela implantação e execução do programa, a questão é examinar a sua eventual posição de garantidor prevista no art. 13, §2º, do Código Penal.

Com efeito, as funções do Compliance officer, vão desde a autoria e responsabilidade pelo projeto do sistema de Compliance, do apoio e acesso direto ao órgão regulamentador e a à Alta Direção, como auxiliador na tomada de suas decisões, devendo deter, inclusive, autoridade e capacidade para executar o poder de oposição, mostrando as eventuais consequências para o Compliance, sendo-lhe, por isso, necessário garantir-lhe alocação de recursos adequados e apropriados para estabelecer, desenvolver, implementar, avaliar, manter e melhorar o sistema de gestão de Compliance e os resultados de desempenho.

¹ CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 76.

Em duas ocasiões, a legislação brasileira se reporta aos programas de integridade: na Lei 9.613/1998 e na Lei 12.846/2013.

Na Lei 9.613/1998, o Compliance é de implementação obrigatória, conforme determina o art. 10, III, da Lei. Os principais deveres de Compliance que estão previstos no artigo 10 e 11 da Lei 9.613/1998 e consistem no dever de identificar e cadastrar clientes (Inc. I), registrar operações (Inc. II), prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (Inc. III) e, principalmente, comunicar, independentemente de provocação pelas autoridades, a prática de operações suspeitas de Lavagem de Dinheiro ou simplesmente de valor elevado (Art. 11). No caso do Compliance officer descumprir essas obrigações, e eventualmente restar caracterizado crime de lavagem de dinheiro, cogita-se sua responsabilidade de três formas:

(1) Incorre nos crimes previstos no art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei 7.492/864;

(2) A responsabilidade pela inobservância dos deveres de Compliance é meramente administrativa, nos termos do Art. 12 e 13 da Lei no. 9.613/98, cabendo ao órgão regulador impor à pessoa física ou jurídica culpada as sanções administrativas correspondentes;

(3) Os responsáveis pelos Compliance Officers respondem pelo crime de Lavagem de Dinheiro:

(3.1) na forma omissiva imprópria (Art. 13, § 2º, “a”, do CP): porque a Lei de Lavagem os coloca na posição de garante e, portanto, devem responder pela violação de dever legal.

(3.2) por participação: porque contribuíram para a realização do delito através de sua omissão.

Adotando a primeira hipótese, colhe-se o seguinte julgado: “Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal (...) ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada” (TJRS. Apelação Criminal no. 5008326-03.2010.404.7100/RS. Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Publ. 19/11/2010).

Alinhado à segunda hipótese, colhe-se: “O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria” (Inteiro Teor do Acórdão – Pp. 1161-62 de 8405 STF-fl. 52776).

Como dito antes, a Lei 12.846/2013 também prevê a implementação de um programa de Compliance, muito embora, diferentemente da Lei 9.613/1998, de forma facultativa.

² Não se desconhece que a Lei 13.303/2016, conhecida como Estatuto das Estatais, também prevê, no art. 9º, a necessidade de implantação de programas de integridade. Ocorre que, neste caso, a identificação da posição de garante do funcionário público que exerce a função de *Compliance Officer*, ou de qualquer outro, decorre do dever geral de combater atos de improbidade, que é inerente a todos os agentes públicos.

³ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

III- deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhe permitam atender o disposto nos arts. 10 e 11, na forma das instruções expedidas pelas autoridades competentes;

⁴ Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Embora seja característica louvável da Lei Anticorrupção uma vez que caracteriza o instituto, neste regime legal, como norma indutora de comportamento social, a facultatividade é indiferente quanto a eventual posição de garante assumida pelo Compliance Officer.

Com efeito, o art. 13, § 2º, “b”, do CP prevê caso de dever de agir assumido por outra forma que não seja decorrente diretamente da lei⁵, o que abrange compromissos obrigacionais, ainda que privados, como ocorre em um programa de Compliance.

Assim, caso haja previsão, seja no contrato entre a pessoa jurídica e o Compliance officer, seja no estatut da Corporação, com ciência e aceite de que uma de suas funções é a de evitar a ocorrência da prática dos atos ilícito, é possível responsabilizar criminalmente a função de Compliance pela realização do tipo penal por omissão imprópria⁶ 7.

Ocorre, todavia, que essa situação, levada à últimas consequências, devido a ampliação de possibilidades de responsabilização dos responsáveis pelo programa, paradoxalmente, pode levar a um desestímulo de implementação do programa de Compliance. Ao invés de incentivo para que as empresas fomentem as boas práticas de governança e da ética no ambiente privado, essa interpretação abrangente poderia servir de inibição para tanto, o que definitivamente seria um despropósito ao combate à corrupção.

Sendo assim, nos parece salutar que a identificação da responsabilidade do Compliance Officer ocorra mediante análise criteriosa do pressuposto legal da responsabilidade da omissão imprópria do art. 13, § 2º, do CP, qual seja, da possibilidade de ação.

Ensina a doutrina que o omitente somente será responsável pelo resultado se “podia” evitar o resultado. “Cabe observar que a causalidade normativa na omissão imprópria somente se verifica se o omitente tiver o dever de agir (estiver na posição de garantidor) e, nas circunstâncias concretas, tiver a possibilidade material de intervir em defesa do bem jurídico. Não basta o dever de agir; também é necessário que o garantidor possa, no caso concreto, agir para defender o bem jurídico⁸”.

Como então fazer essa análise? Em um primeiro momento, nos parece imprescindível verificar:

- 1º se o programa seguiu as etapas de elaboração;
- 2º se o Compliance officer tinha autonomia e independência;
- 3º se o programa era real e efetivo (não era fraudulento).

⁵ Ensina Juarez Cirino dos Santos: “A responsabilidade de impedir o resultado pode ser assumida por ato de vontade (contratual ou extracontratual) do garantidor, em que a assunção fática da proteção é decisiva, porque a confiança na ação do garante cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 209).

⁶ Anote-se que, embora a Lei Anticorrupção não tenha natureza penal, os atos ilícitos previstos no seu art. 5º, em sua grande maioria, correspondem à crimes previstos na legislação penal brasileira, de modo que caso o programa de *Compliance* seja incapaz de evitar esses crimes, pode o *Compliance Officer*, que tinha o dever contratual de evitar o resultado, responder, por omissão, por esses crimes.

⁷ Em outros termos: “Desse modo, o *Compliance Officer* tem o dever de tudo fazer ao seu alcance para impedir a prática daquelas condutas associadas à corrupção, à subvenção da prática de atos ilícitos, às fraudes nos procedimentos licitatórios, e outras correlatas, especialmente por meio da implementação de um programa de *compliance* efetivo. Ao se omitir, seja ao não implementar um programa de *compliance* efetivo, seja ao não fiscalizar-lhe o cumprimento, ainda que podendo fazê-lo, e assim concorrer para a ocorrência do resultado lesivo a que lhe comanda a lei evitar, poderá ele ser envolvido no cenário das apurações para avaliar-se a relevância de sua omissão diante do crime perpetrado” (Rechulski, David. *Compliance Officer* agora é o gestor da integridade da empresa. In <http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>. Acessado em 22/07/2017).

⁸ GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Capítulo 6. item 6.1.2.3.

Essa análise preliminar servirá para identificar se o programa de compliance tinha realmente a capacidade de evitar, identificar e remediar os atos ilícitos que pretende debelar. Caso essa análise indique que o programa era, de antemão, imprestável, verifica-se uma deliberada manobra da pessoa jurídica e do Compliance Officer de modo que este último poderá ser responsabilizado por sua omissão.

Caso a análise preliminar indique que o programa era real, tendo o ato ilícito ocorrido de forma excepcional, resta analisar se o Compliance Officer, de alguma forma, contribuiu para o resultado ilícito, ainda que por omissão.

É nesta hipótese que nos parece imprescindível verificar se ele tinha meios de intervir na cadeia causal que produziu o resultado, ou seja, se ele podia agir para interromper o iter criminis e evitar o resultado. Caso reste demonstrado que o Compliance Officer (1) adotou as medidas necessárias para evitar, identificar e remediar o ilícito ou (2) não integrou ou aderiu a decisão pela prática do ilícito ou, não poderá ser responsabilizado, ainda que por omissão, pelo resultado ilícito⁹.

Ao revés, caso reste comprovado que o resultado ilícito ocorreu porque o Compliance Officer não agiu para evitar, identificar e remediar o ato ilícito ou aderiu a decisão pela prática do ilícito, deverá responder, por omissão penalmente relevante, pelo crime ocorrido.

Anote-se por fim que, devido a inexistência de responsabilidade penal objetiva, é consolidado no Brasil o entendimento de que, mesmo nos crimes omissivos, deve-se analisar o elemento subjetivo da conduta de modo a verificar se o agente agiu ou não com dolo. Deste modo, o Compliance officer não pode ser responsabilizado criminalmente por operações ilícitas realizadas de maneira absolutamente estranha ao seu conhecimento.

Um alerta, porém, deve ser registrado. Nos crimes omissivos impróprios, o dolo do agente é de contribuir com o seu não agir (quando tinha o dever de agir) para evitar a ocorrência do resultado. Como leciona Juarez Cirino: “O tipo subjetivo da omissão de ação própria é o dolo, e da omissão da ação imprópria, o dolo e a imprudência. Em ambas modalidades de omissão de ação, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de vontade, como nos tipos de ação: basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (na omissão própria), mais o conhecimento da posição de garante (na omissão da ação imprópria)¹⁰”.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Ante o exposto, propomos os seguintes enunciados conclusivos:

1 – Os deveres assumidos pelo Compliance Officer, seja nos casos em que a implantação do programa de Compliance é obrigatória, seja nos casos em que é facultativa, são aptos a caracterizá-lo na posição de garantidor de modo que pode ser responsabilizado pelo resultado ilícito por omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do CP;

⁹ Neste sentido: Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria **nos crimes empresariais**, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: **a)** é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; **b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria**” (Inteiro Teor do Acórdão – Pp. 1161-62 de 8405 STF-fl. 52776).

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 211-212.

2 – Sua responsabilidade dependerá, todavia, da análise das circunstâncias que indicam que ele tinha domínio para intervir na cadeia causal dos fatos, pelo que se faz necessário avaliar: (a) se o programa era real ou se era um programa fictício; (b) se adotou as medidas possíveis para evitar, identificar e remediar o ilícito; (c) se não integrou ou aderiu a decisão pela prática do ilícito.

3 – Sua responsabilidade dependerá da análise do elementos subjetivo, que no caso dos crimes omissivos impróprios se satisfaz com o mero deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico mais o conhecimento da posição de garante.

REFERÊNCIAS:

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Juspodivm, 2017.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Capítulo 6. item 6.1.2.3.

RECHULSKI, David. *Compliance Officer* agora é o gestor da integridade da empresa. In <http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>. Acessado em 22/07/2017

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.