

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS *COMPLIANCE OFFICERS*: CONSIDERAÇÕES SOBRE SEUS LIMITES A PARTIR DA APn 470

THE CRIMINAL LIABILITY OF COMPLIANCE OFFICERS: REMARKS ON ITS LIMITS CONSIDERING THE APn 470

Jaqueline Rosário Santana

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal de
Campina Grande – UFCG

Recebimento: 30/08/2017

Aprovação: 08/06/2018

Como citar este ensaio:

SANTANA, Jaqueline Rosário. A responsabilidade penal dos compliance officers: considerações sobre seus limites a partir da APn 470. In: **Revice** – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.2, p. 22-30, jun./dez.2018. ISSN 2525-8036. Disponível em: <<https://seer.ufmg.br/index.php/revice/index>>

À GUIA DE INTRODUÇÃO

A contextualização do *criminal compliance*, temática em crescente evidência no cenário atual do Direito Penal, mas com investidas ainda tímidas em termos de produção científica nos veículos qualificados na área de Direito, tem nos assuntos relacionados à responsabilidade penal da pessoa jurídica uma das suas principais facetas. Tende-se a apontar o *criminal compliance* como alternativa de prevenção e identificação da responsabilidade penal no âmbito das empresas frente à complexidade de suas engrenagens e recorrente utilização para fins ilegais e/ou criminosos. No entanto, a opção por implantação de um programa de integridade traz alguns questionamentos que merecem atenção, o que se evidenciou, principalmente, a partir do julgamento da Ação Penal nº 470 (APn 470) pelo Supremo Tribunal Federal, no qual suscitaram-se questões acerca da responsabilidade penal dos *compliance officers*.

Indagações quanto aos limites da responsabilidade penal desse profissional, que deve se relacionar ao status e hierarquia do cargo que ocupa, por exemplo, quanto à sua fixação como garante apenas por ocupar função de compliance officer, bem como, em termos mais gerais, a observação da real existência de ação caracterizadora de sua culpa de modo a possibilitar uma correta aplicação da

teoria do crime, são pontos que devem ser criteriosamente considerados de modo que essa figura não se torne suscetível à aplicação de uma responsabilidade objetiva ou incongruente com as funções que desempenha.

De forma a delinear uma crítica a certos posicionamentos na discussão sobre *criminal compliance* este ensaio organiza em um primeiro momento uma visão da literatura científica qualificada na área de Direito sobre o tema, balizando os aspectos evidenciados pelo pouco que foi publicado até agora na área. Em seguida, se apresenta percepção acerca dos limites da responsabilidade penal dos *compliance officers* a partir da APn 470³. Tecendo posteriormente considerações finais sobre o assunto, destacando-se uma preocupante possível afronta a princípios basilares do Direito.

O CRIMINAL COMPLIANCE NA LITERATURA CIENTÍFICA QUALIFICADA

Por *compliance* entenda-se “o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal” (SAAVEDRA, 2016, p. 250). A prática vem sendo discutida no Brasil desde pelo menos os anos noventa do século XX, mas é com a Lei 12.683/2012, que modificou a Lei 9.613/1998 - Lei da Lavagem de Dinheiro, que se ampliaram consideravelmente os setores obrigados a ter programas de *compliance*, assim como também com a APn 470 - o caso do Mensalão, que se atizou o debate sobre a responsabilidade penal dos *compliance officers* e sobre a teoria do domínio do fato (ALFLEN, 2014). Soma-se a isso, completando o ciclo, a Lei 12.846/2013, conhecida também como Lei Anticorrupção, Lei da Empresa Limpa, Lei da Probidade Administrativa ou Lei da Probidade Empresarial (SAAVEDRA, 2016).

Compliance officer, numa acepção mais ampla, é “aquele delegado da direção da empresa que tem como tarefa zelar pela correta implementação e supervisão do programa de *compliance*” (COSTA; ARAÚJO, 2014, P. 217). Sendo que essa função “pode estar concentrada em uma só pessoa, em um departamento composto de diversos funcionários ou, ainda, em figuras externas à empresa, como auditores independentes ou advogados externos” (COSTA; ARAÚJO, 2014, P. 217). Dessa forma, quando se fala em advogado com deveres de *compliance*, se está falando do “profissional responsável pela avaliação dos riscos empresariais, incumbindo a ele a elaboração

³ Optou-se pela utilização apenas de fonte secundária nesse caso, pois a APn 470 possui um total de 8.405 páginas, requerendo método de investigação documental que extrapolaria os limites e objetivos deste ensaio.

de controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de uma futura responsabilização, civil, administrativa ou penal.” (BATISTA, 2015).

Criminal compliance, por sua vez, relaciona-se diretamente com o polêmico assunto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Sanctis (2009) busca comprovar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas possui fundamento jurídico e legal, sendo necessária, porém, adaptação dos institutos penais. Díez (2015), por sua vez busca proporcionar as bases teóricas para uma aplicação das disposições da Lei penal brasileira de delitos ambientais (Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), que, segundo o autor, regula a responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira coerente com o Direito Penal. Já Silveira e Saad-Diniz (2015) abordam o tema a partir de um percurso que compreende: autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*; limites revisitados da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro; e primeiras impressões sobre a abordagem penal econômica da lei anticorrupção. Concluem esses autores, dentre outras observações, que “o Direito Penal consagra a noção de que ele não pode se bastar com uma atuação *ex post*, consequencial à infração. Deve, sim, atuar de forma antecipada, preventiva à ocorrência de falha sistêmica” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 351).

Como esclarece Saavedra (2016):

[...] a primeira característica atribuída ao termo Compliance Criminal é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise *ex post* de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram de forma direta ou indireta algum bem jurídico digno de tutela penal, o Compliance Criminal trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira (SAAVEDRA, 2016, p. 248).

Dessa maneira define-se *criminal compliance* como “o estudo dos controles internos e outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes” (SAAVEDRA, 2016, p. 250). Dos estudos realizados até o presente momento sobre *criminal compliance*, no âmbito da produção Qualis/CAPES na área de Direito, no que é possível ter acesso aberto, tem-se como referência: Bertoni (2012); Gloeckner e Silva (2014); Capellari e Figueiredo (2016); e Saavedra (2016).

Bertoni (2012) procura contextualizar o instituto do *compliance* em seu aspecto plurisemântico, delineando sua concepção no âmbito da governança corporativa e sua relação com o Direito Penal, assim como também demonstrando os deveres de *compliance* existentes na legislação pátria e sua relação com o delito de lavagem de capitais.

Gloeckner e Silva (2014) procuram investigar o *criminal compliance* acreditando que a implementação dos deveres de compliance seja responsável pelo enfraquecimento do princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, “caracterizado pela limitação do Estado na obtenção de provas contra a vontade do suspeito ou acusado” (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 148). Para esses autores, essa nova faceta da intervenção penal integra um contexto mais amplo, denominado de cultura do controle. As modificações institucionais podem nesse caso ser mais bem compreendidas através da demonstração de que o Estado brasileiro passa a adotar uma política criminal atuarial, responsável principalmente pela gestão de riscos e pela disseminação de “dispositivos de governamentabilidade”.

Já Capellari e Figueiredo (2016) olham para as instituições bancárias e entendem que, nas conformações do capitalismo hodierno, essas instituições assumiram funções que vão além da simples intermediação do capital, tornando-se ambientes sensíveis à criminalidade e nos quais a conformidade dos processos internos com a lei tem no *compliance* uma importante ferramenta na prevenção de crimes de natureza econômica.

Saavedra (2016), por sua vez, aborda a delimitação do conceito de *compliance* inicialmente tratando dos contornos mais abrangentes, para então identificar os principais problemas quanto ao conceito de *criminal compliance* e apresentar o que denomina de “primeiras linhas de sua delimitação conceitual” (SAAVEDRA, 2016, p. 239).

Afora a discussão divulgada em meio científico acessível e na literatura técnica específica da temática, destacam-se as teses de doutoramento, as quais não se tem acesso na íntegra, de Benedetti (2012) e Sarcedo (2015). Benedetti (2012) apresenta o instituto do *criminal compliance* como uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, afirmando que esse pode e deve ser utilizado como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de criminalidade nas empresas e como “valiosa ferramenta de transferência de responsabilidade penal [...], evitando-se, assim, a responsabilidade penal objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”. Já Sarcedo (2015) propõe a criação de um sistema de imputação penal das pessoas jurídicas baseado na ideia de fato próprio culpável.

Tendo elencado o que vem sendo considerado sobre *criminal compliance* nas publicações científicas do assunto, procura-se a seguir, com base no já observado pela literatura acadêmica (COSTA; ARAÚJO, 2014) sobre a figura do *compliance officer* na discussão da APn 470, destacar os elementos de crítica à consideração de sua possível responsabilidade penal.

RESPONSABILIDADE PENAL DOS *COMPLIANCE OFFICERS*

Observou-se na seção anterior que o *criminal compliance* funciona como meio, dentre outros, de evitar-se a responsabilidade penal objetiva na abordagem da responsabilidade penal no âmbito da empresa, no entanto, na análise das discussões impetradas no âmbito da APn 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, uma outra problemática é suscitada, qual seja, o risco de imprimir a responsabilidade penal objetiva a outra figura na insurgente dinâmica empresarial em que se insere o *criminal compliance*. Ou seja, de passar aquele que desempenha a função de *compliance officer* a ser responsabilizado por toda e qualquer conduta ilícita e/ou criminosa que venha a ocorrer na empresa, independente de “[...] análise efetiva da estrutura do delito em todos os seus componentes tradicionalmente estabelecidos” (COSTA; ARAÚJO, 2014, p.223), como averiguação de culpa em relação ao fato criminoso.

Nesse sentido, é importante a consciência do papel do profissional de *compliance*, bem como a sua hierarquia dentro da engrenagem empresarial. Isso porque nada obsta que o *compliance officer* ocupe posição sem qualquer poder em relação à dinâmica empresarial, como também pode ocorrer desse profissional ser ao mesmo tempo um diretor executivo. O que se deve pela “[...] multiplicidade de facetas que pode assumir o *compliance* em diferentes empresas [...]” (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 224), podendo, desse modo, o *compliance officer* assumir “[...] atribuições, funções e poderes bastante distintos [...]” (COSTA; ARAÚJO, 2014, p.224). A observação dessa posição hierárquica, atribuições e poderes do profissional de *compliance* é importante na delimitação da responsabilidade do profissional, no entanto, não serve de subsídio à aplicação de uma responsabilidade penal objetiva, inaceitável no Direito Penal Brasileiro.

Deve-se considerar que o profissional de *compliance* apresenta-se tipicamente como gestor de integridade da empresa, atuando na “[...] construção de um sistema de controle interno de prevenção de riscos” (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 223), geralmente apontando riscos em evidência e que venham a se relacionar com as decisões na rotina empresarial (COSTA. ARAÚJO, 2014). Contudo, pela sua função de *compliance officer*, esse profissional, que desempenha normalmente tão somente papel de natureza de assessoramento administrativo não possui poder de evitar condutas ilícitas, salvo quando o profissional de *compliance* também for o executivo principal da empresa, por exemplo (COSTA. ARAÚJO, 2014).

Ora, ademais, é de ciência daqueles que se dedicam ao estudo das ciências criminais que a responsabilidade penal para fins de aplicação no ordenamento jurídico pátrio caracteriza-se por possuir natureza pessoal e subjetiva, sendo inconciliável “[...] o estabelecimento de presunções ou

regras automáticas de imputação de responsabilidade” (COSTA. ARAÚJO, 2014, p. 224). Não há de ser diferente com a figura do *compliance officer*. Assim, não encontra respaldo a ideia de que, por exemplo, o gestor de integridade de determinada empresa, deva ser responsabilizado, sem qualquer critério além da função que ocupa, por ocorrência de lavagem de dinheiro, omissão ou culpa (COSTA; ARAÚJO, 2014).

A visão do STF, que denota a importância do tema aqui abordado, de que o *compliance officer* assume “[...] obrigação de evitar a prática de crimes [...]” (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 226) por terceiros, leva ao entendimento de que esse profissional necessariamente teria poder suficiente para impedir ou suspender possíveis atos criminosos. O que, conforme abordado, não se inclui em suas atribuições típicas, e demonstra posicionamento bastante perturbador e, portanto, merecedor de análises e estudos, pois pode vir, além de implicar em anomalias à responsabilidade penal como hoje é concebida, a descaracterizar a real função do *compliance officer*, profissional de inegável importância atualmente na estrutura de integridade empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a responsabilidade penal dos *compliance officers* não é assunto que pacificamente possa ser resolvido com interpretações simplificadas. Nos apontamentos da literatura científica se vê que princípios basilares do Direito podem acabar por ser desconsiderados, como aqueles que fundamentam a subjetividade da responsabilidade penal, na ânsia de se colocar uma solução desviante de certos problemas que se configuram de maneira muito mais complexa, envolvendo funções, hierarquias e autoridade nas práticas empresariais.

Neste ensaio, procurou-se mostrar num primeiro momento o que se encontra disponível sobre *criminal compliance* na produção científica qualificada, delineando os aspectos ainda não aprofundados em tal temática. Logo em seguida, mostrou-se como a APn 470, no que se refere a necessária discussão sobre a responsabilidade penal dos *compliance officers*, enseja perscrutação de possibilidades e caminhos que operem de forma a não se incorrer no absurdo da responsabilidade objetiva em assuntos do Direito Penal.

De modo mais relevante, depreende-se que a figura do profissional de *compliance* não deve vir a ser responsabilizado em âmbito penal tão somente pela posição que ocupa, uma vez que resguarda funções tipicamente de mero assessoramento, mas que sua responsabilidade deve ser criteriosamente avaliada no plano prático, considerando suas atribuições e poderes, sob o risco de assumir-se posicionamento tendente tanto a condenar objetivamente um profissional de suma

²⁷ SANTANA, Jaqueline Rosário. A responsabilidade penal dos *compliance officers*(...)

importância na dinâmica empresarial atual, bem como a atropelar princípios basilares do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira— Considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <[http://www.eublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article /view/14319](http://www.eublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14319)>. Acesso em: 4 maio 2017.

BATISTA, Quietelin de Oliveira. **Compliance officer**: o novo perfil do advogado com deveres de compliance. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,compliance-officer-o-novo-perfil-do-advogado-com-deveres-de-compliance,54628.html>>. Acesso em: 4 maio 2017.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. 2012. 140 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:<<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/5988>>. Acesso em: 4 maio 2017.

BERTONI, Felipe Faoro. O delito de lavagem de capitais e o desenvolvimento do criminal compliance. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 1, n. 03, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/2303>>. Acesso em: 4 maio 2017.

CAPPELLARI, Álisson dos Santos; FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. O *criminal compliance* como instrumento de prevenção da criminalidade econômica no âmbito das instituições financeiras. **Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul. / dez. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/11/criminal-compliance-artigo.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2017.

CLARK, Giovani. O fetiche das leis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, p. 175-181, 2004. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1293/1225>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. 2014. **RBCCrim**, n. 106, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Rdt73c>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal Compliance*, Controle e Lógica Atuarial: A Relativização do *Nemo Tenetur Se Detegere*. **Revista Direito. UnB**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://direitounb.scholasticahq.com/article/707-criminal-compliance-controle-e-logica-atuarial-a-relativizacao-do-nemo-tenetur-se-detegere>>. Acesso em: 4 maio 2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 8, n. 15, 2016. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/375>>. Acesso em: 4 maio 2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/4181302/Reflex%C3%B5es_Iniciais_sobre_Criminal_Compliance>. Acesso em: 4 maio 2017.

SANCTIS, Fausto de. **Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Maurício Januzzi. Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP**, v. 15, n. 29, p. 231-235, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16120>. Acesso em: 4 maio 2017.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

SARCEDO, Leandro; REICHER, Jonathan Ariel. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Jornal Valor Econômico** - Legislação e Tributos, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/in_artigos.php?id=38>. Acesso em: 4 maio 2017.

SILVEIRA, Renato de Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.