

# A DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA POSIÇÃO DE GARANTE DO *COMPLIANCE OFFICER* COMO REFORÇO A AGENDA ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

THE DEFINITION OF THE COMPLIANCE OFFICER GUARANTOR POSITION RANGE AS A REINFORCEMENT IN THE ANTICORRUPTION AGENDA IN BRAZIL

*Giovani Saavedra*<sup>1</sup>  
PUCRS

*Jovacy Peter Filho*<sup>2</sup>

Universidade Mackenzie

*Rogério Luis Adolfo Cury*<sup>3</sup>

Universidade Mackenzie

## Resumo

O debate em torno dos limites da posição de garante, conforme se extrai do art. 13, §2º do Código Penal Brasileiro, atribuída aos ocupantes de funções de *compliance officer* é necessário e tem impactos na agenda anticorrupção. Definir quem são e o que fazem os *compliance officer* e por qual motivo o debate acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria lhes diz respeito é uma tarefa necessária. Em seguida, o artigo tratará de como as estratégias de *compliance* são utilizadas para reduzir o cenário de insegurança, tanto normativa quanto empírica e, exatamente o *compliance management system* (CMS) pode ser um importante instrumento para atenuar as tensões entre o exercício de funções de garantia (*compliance*), de um lado, e a falta de garantia para os seus executores das funções (*compliance officers* ou quem exerça as tarefas), de outro. Concluímos no sentido de que é preciso encontrar uma “solução intermediária” para esse debate, que nem extrapole no

---

<sup>1</sup> Professor da *Universidade Presbiteriana Mackenzie*. Doutor em Direito e Filosofia pela *Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main*. Mestre em Direito pela *Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS*. Sócio da *Saavedra & Gottschefsky – Sociedade de Advogados*.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em direito penal e criminologia pela USP. Doutorando em direito político e econômico pelo Mackenzie. Professor nos programas de MBA da FAESA/ES e Professor convidado da Pós-Graduação da *Universitat Politècnica de València*, em parceria com a *Fundação Espírito-Santense de Tecnologia*.

<sup>3</sup> Advogado. Mestre em direitos coletivos e cidadania pela *Universidade de Ribeirão Preto*. Doutorando em direito político e econômico pelo Mackenzie. Professor no curso de graduação em direito do Mackenzie e coordenador da Pós Graduação em direito penal e processual penal no Mackenzie. Presidente da Comissão de Cultura da OAB/SP

viés regulatório e sancionatório, inviabilizando o exercício das funções de *compliance* nas organizações, mas que também não feche os olhos para malfeitos de executivos de *compliance* que podem se utilizar de comportamentos deliberadamente omissivos.

**Palavras-chave**

*Compliance. Compliance officer. Responsabilidade Penal. Omissão Imprópria. Garantidor. Limites. Agenda Anticorrupção.*

**Abstract**

*The debate around the limits of the position of guarantor, as extracted from art. 13, §2 of the Brazilian Penal Code, attributed to those occupying compliance officer functions is necessary and has impacts on the anti-corruption agenda. Defining who and what compliance officers are and what they do and why the debate about criminal liability for improper omission concerns them is a necessary task. Then, the article will deal with how compliance strategies are used to reduce the insecurity scenario, both normative and empirical, and exactly the compliance management system (CMS) can be an important tool to alleviate tensions between the exercise of functions of guarantee (compliance), on the one hand, and the lack of guarantee for the executors of the functions (compliance officers or whoever carries out the tasks), on the other. We conclude that it is necessary to find an "intermediate solution" for this debate, which does not even go beyond the regulatory and sanctioning bias, making the exercise of compliance functions in organizations unfeasible, but also does not turn a blind eye to the wrongdoings of compliance executives who may use deliberately omissive behavior.*

**Keywords**

*Compliance. Compliance officer. Criminal Liability. Improper Omission. Guarantor. Limits. Anti-Corruption agenda.*

## 1. INTRODUÇÃO

O debate em torno dos limites da posição de garante, conforme se extrai do art. 13, §2º do Código Penal Brasileiro, atribuída aos ocupantes de funções de *compliance officer* é necessário e tem impactos na agenda anticorrupção<sup>4</sup>. E isso por um raciocínio direto: os representantes

---

<sup>4</sup> Em recente artigo publicado no jornal Estadão, o CEO da 3M do Brasil, Marcelo Oromendia, escreveu: “O combate à corrupção é uma luta fundamental de todos nós. Na perspectiva de cidadão, mas especialmente como líder de uma organização influente, penso que as empresas devem ter protagonismo nessa batalha, por meio de uma sólida governança corporativa. É aí que entra a importância de um programa de *compliance* robusto e atuante, possibilitando que as companhias, independente do seu tamanho e segmento, sigam operando da única forma aceitável, fazendo a coisa certa, respeitando as leis, a livre concorrência, os clientes, praticando processos regidos pela integridade que impactam na reputação da organização e beneficiam toda a sociedade.” Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-papel-fundamental-das-empresas-para-o-combate-a-corrupcao/> > Acesso em: 16 jun.21.

de *compliance* das organizações<sup>5</sup> exercem, a um só tempo, uma função prática e também simbólica.

No plano prático, eles são os responsáveis por liderar e conduzir o sistema de gestão de *compliance* das organizações (*Compliance Management System - CMS*), entendendo este como o conjunto de princípios e tarefas com o objetivo de assegurar que a empresa - por meio de seu corpo diretivo, colaboradores e partes interessadas – tenha um comportamento de respeito às leis, bem como responsabilidade perante os riscos inerentes à sua atividade<sup>6</sup>. No plano simbólico, eles representam lideranças essenciais no processo de capilarização da integridade no ecossistema em que a empresa atua, com reflexos econômicos e sociais desencadeados por essa agenda.

Definir quem são e o que fazem os *compliance officer* e por qual motivo o debate acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria lhes diz respeito é uma tarefa necessária será o tema do primeiro capítulo do presente artigo. Em seguida, trataremos de como as estratégias de *compliance* são utilizadas para reduzir o cenário de insegurança, tanto normativa quanto empírica e, exatamente de como o *compliance management system* (CMS) pode ser um importante instrumento para atenuar as tensões entre o exercício de funções de garantia (*compliance*), de um lado, e a falta de garantia para os seus executores das funções (*compliance officers* ou quem exerça as tarefas), de outro. É dizer: como a efetividade dos programas de *compliance*/integridade pode contribuir para a delimitação da responsabilidade criminal por omissão imprópria de *compliance officers* no direito brasileiro.

---

<sup>5</sup> Utilizamos a referência a “representantes de *compliance*” pois, em organizações de menor porte ou complexidade organizacional, é comum, e até esperado, que as funções de *compliance* estejam distribuídas entre áreas ou departamentos mais tradicionais, como o jurídico, a auditoria ou mesmo o de recursos humanos. Independente da existência de um setor ou profissional dedicado ao tema, o que se notará neste artigo é que, havendo a delegação formal de funções de *compliance* a um colaborador ou setor, será possível se falar em delegação de deveres, logo, em reconhecimento de responsabilidade criminal pela condição de garante.

<sup>6</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Compliance” y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 153.

Na sequência, abordaremos com profundidade o instituto da responsabilidade penal por omissão imprópria, para que, ao final, sejam apresentadas algumas propostas capazes de assegurar a responsabilização de atos de *compliance officers*, mas desde que dentro de molduras dogmáticas e fáticas razoáveis, previsíveis e suficientes a conferir o equilíbrio entre segurança e efetividade, seja das funções de *compliance*, seja dos órgãos de controle no exercício de suas missões.

## **2. COMPLIANCE COMO ESTRATÉGIA DE REDUÇÃO DE INSEGURANÇAS**

William S. Laufer, retratando a insegurança no ambiente corporativo logo após a quebra da Enron, a condenação da consultoria Arthur Andersen e a falência da WorldCom - naquela que alguns denominaram, como ressalta o próprio autor, um momento de “mutação patológica” do sistema capitalista, cujo epicentro se deu no ano de 2008, descreveu um remédio quase sempre utilizado, mesmo com pouca ou nenhuma eficácia: a expansão regulatória<sup>7</sup>.

O “conto do triunfo regulatório”<sup>8</sup> enquanto estratégia voltada a enfrentar a desgovernança, os desvios e conflitos de interesse existentes no ambiente corporativo e em sua relação com os poderes públicos, tem provocado não apenas uma hipertrofia legislativa e regulatória<sup>9</sup>, mas

---

<sup>7</sup> LAUFER, William S. “Ilusões de *compliance* e governança”. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro P.; DOMINGUES, Juliana O. Tendências em governança corporativa e *compliance*, São Paulo, LiberArs, 2016, p. 13 Nas palavras do autor: “Para acalmar os temores dos investidores, retornar as percepções de legitimação dos mercados e demonstrar a aparente determinação dos reguladores estatais e federais, um hospedeiro das reformas legislativas, investigações de grande repercussão e perseguições simbólicas continuam aparecendo sem diminuição.” (p. 13)

<sup>8</sup> LAUFER, W. Op. Cit, p. 14.

<sup>9</sup> Renato de Mello Jorge Silveira havia alertado que o direito penal econômico estaria se tornando um “direito penal antisséptico”. O direito penal econômico como direito penal antisséptico tem se mostrado refém da economia (e de suas crises), mantendo uma espécie de compromisso com elas, cujas características principais são as seguintes: (i)

acarretado, exatamente por isso, um ambiente muito mais desinteressante para a agenda do *compliance* do que pode parecer. E, nessa linha, um dos importantes temas diz respeito à responsabilidade criminal de *compliance officers*, sobretudo na fronteira mais problemática, que se refere aos deveres capazes de implicar a esses profissionais a posição de garantidores ou *gatekeepers*, nos termos do art. 13, §2º do Código Penal Brasileiro.

Para os objetivos do presente artigo, considera-se *compliance officer* aquela função que, segundo Giovani Saavedra<sup>10</sup>, tem especial atuação na implementação de sistemas de gestão de *compliance*, sendo essa posição ocupada por agentes com atribuição de liderar os controles internos da organização, com vistas a mitigar riscos capazes de implicar na responsabilização empresarial<sup>11</sup>, seja no plano cível, administrativo e até mesmo criminal, constituindo-se, como afirma Marcelo Zenkner, “no principal responsável pelo efetivo funcionamento do programa de *compliance*”<sup>12</sup>.

---

crises econômicas acentuam crises no sistema jurídico-penal; (ii) crises econômicas expandem os limites da imputação penal e (iii) crises econômicas intensificam a acessoriedade administrativa. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “Crise econômica e reflexos penais”. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal, Belo Horizonte, Editora D’Placido, 2017, p.13.

<sup>10</sup> SAAVEDRA, Giovani. “Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*”, Boletim do IBCCrim, ano 18, n. 218, São Paulo, IBCCrim, p. 11-12, jan. 2011.

<sup>11</sup> Abordando diretamente a relação entre *compliance* e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a partir do filtro da culpabilidade corporativa Cf. SARCEDO, Leandro. *Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, São Paulo, LiberArs, 2016.

<sup>12</sup> ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal, Belo Horizonte, Fórum, 2ª reimpressão, 2019, p. 410. Ainda nesta obra, Zenkner apresenta algumas reflexões comuns a este trabalho: “Poderia, assim, o *compliance officer*, ao ocupar essa posição de garante, ser responsabilizado criminalmente por ato praticado por terceiro dentro da empresa se, ante as evidências de algo anormal acontecia, nenhuma investigação foi realizada? Sua responsabilidade termina quando informa a seus superiores acerca da ocorrência do ilícito? E se for constatada a prática de um ilícito cometido pelo superior hierárquico e o *compliance officer* permanecer em silêncio para garantir seu emprego? Em síntese: qual o verdadeiro papel do *compliance officer* e quais os limites de sua responsabilização como autor ou partícipe de um crime praticado no âmbito da atividade empresarial?” (p. 411)

Esses profissionais estabelecem, por meio de um compromisso contratual com a empresa, ou seja, através de uma delegação limitada – posto que restrita ao campo da conformidade, gestão de riscos e controles internos, a responsabilidade por dedicar esforços na tarefa de gerir os controles e atuar na prevenção de transgressões legais, tais como corrupção e a lavagem de dinheiro – temas caros e centrais na agenda pública brasileira.

A questão, portanto, não está apenas nas consequências penais decorrentes da posição de garante, mas, sobretudo, em se avaliar o alcance da figura da posição de garante de *compliance officer* diante do atual arranjo normativo brasileiro, a fim de que haja um equilíbrio entre o controle exercido internamente por esses profissionais e o controle que sobre eles é exercido pelos órgãos de accountability públicos. Esse equilíbrio será vital para a construção de um ambiente de atuação mais segura e previsível para os profissionais e, por isso, mais profícua à disseminação da cultura de integridade no ambiente corporativo brasileiro<sup>13</sup>.

A ausência deste equilíbrio, por sua vez, redundará em potencial insegurança e fragilização do próprio paradigma do *compliance*. Como muito bem apresentado por Thomas Rotsch, a necessidade do *compliance* se origina de duas ordens: pela acentuada insegurança jurídica, decorrente da hipertrofia regulatória (ponto de convergência entre o autor alemão e William Laufer) e, pela insegurança quanto aos fatos, a partir de uma análise preventiva. Uma dogmática construída para resolver problemas passados e presentes ainda está se ajustando para solucionar

---

<sup>13</sup> Giovanni Saavedra, retratando o tema do criminal *compliance*, destaca a condenação de um *compliance officer* na Alemanha, sob o argumento de que este profissional, a tarefa de prevenir a ocorrência de ilícitos no interior da empresa, acaba por assumir uma posição de garante e, exatamente em decorrência disso, foi punido por ter falhado na missão de impedir um resultado que, de fato, ocorreu, ainda que não cometido pelo *officer de compliance* (Op. Cit, p. 11-12). Alessandra Gonsales, também abordando o tema sob o olhar de tribunais estrangeiros, destaca uma condenação ocorrida nos Estados Unidos em que um *compliance officer* teria falhado na supervisão dos controles internos no âmbito de uma empresa de câmbio, o que permitiu que a empresa fosse envolvida num esquema fraudulento. GONSALES, Alessandra. *Compliance: a nova regra do jogo*, São Paulo, Pauligrafi, 2016, p. 69.

questões relacionadas à imprevisibilidade de situações futuras<sup>14</sup>. Uma terceira insegurança, referida ao alcance da responsabilidade pela assunção do papel de garante pelo agente de *compliance*, é ainda mais preocupante, pois antecede às duas mencionadas por Rotsch e, portanto, precisam ter contornos claros para que os sistemas de *compliance* não fracasse.

Nos tópicos seguintes, apresentaremos, do ponto de vista da dogmática penal, a diferença entre as noções de omissão própria e imprópria no direito penal brasileiro, certos de que não se trata de uma diferença cosmética, mas essencial para que se possa avançar na tarefa de definir os limites conceituais e práticos da figura do garantidor e, como tal, da possibilidade ou não de que o *compliance officer* possa ser responsabilizado como tal.

### **3. A OMISSÃO PRÓPRIA E IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL**

#### **3.1. Teorias sobre a conduta**

No estudo da parte geral, especificamente na teoria do crime, ao se estudar o fato típico e seus elementos, nos deparamos com a conduta, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade. Aqui, merece destaque a análise da conduta e, para tanto, num primeiro momento, faremos uma breve análise sobre suas principais teorias, quais sejam, causalista (naturalista), finalista e social.

Para a teoria causalista a conduta é um comportamento humano voluntário no mundo exterior<sup>15</sup>, que consiste em fazer ou não fazer.<sup>16</sup> Franz von Liszt doutrinava que não importava o significado jurídico do ato, mas a simples noção dele.<sup>17</sup> Por sua vez, a teoria finalista da ação ou da ação finalista, criada por Hans Welzel, embasado nas ideias

---

<sup>14</sup> ROTSCH, Thomas. “Corrupção e criminal *compliance*”. Revista de Estudos Criminais, ano XVIII, n. 73, São Paulo, Síntese, 2019, p. 43-45.

<sup>15</sup> JESUS, Damásio E. de. Direito penal, volume 1: parte geral, São Paulo, Saraiva, 28. Ed. ver., 2005, p. 230.

<sup>16</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 29, São Paulo, Atlas, Ed. ver. E atual., 2013, p. 86.

<sup>17</sup> LISZT, Franz Von. Tratado de derecho penal. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. Ed. Madrid: Ed. Reus, 1929, p. 390.

de Nikolai Hartmann e Honigswald, defende a ideia de que não há comportamento humano sem finalidade.

Em verdade, a teoria finalista é crítica da teoria causal, pois esta última não diferencia a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa. O finalismo se baseia na finalidade inerente à ação, ou seja, o resultado que o agente queria causar irá caracterizar a conduta e é a partir dessa teoria que o dolo passa a ser considerado como elemento integrante da conduta. Por outro lado, o crime culposo permanece sendo verificado pela existência, causação de um resultado naturalístico, assim como ocorria no causalismo, sendo que o finalismo de Welzel, no que tange ao tipo culposo, praticamente importou, com pequenas modificações, a estrutura anterior.<sup>18</sup>

Para teoria social da ação, também conhecida como teoria normativa ou teoria da ação socialmente adequada, a ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana.<sup>19</sup> Segundo Damásio de Jesus<sup>20</sup>, crítico à teoria social da ação, o conceito de ação, tratando-se de um comportamento praticado no meio social, deve ser valorado por padrões sociais. Assim, ação é a realização de um resultado socialmente relevante.

As críticas feitas a essa teoria residem na dificuldade de se conceituar o que seja relevância social da conduta, pois exigiria um juízo de valor ético. Tratar-se-ia de um critério vago e impreciso que, inclusive, influiria nos limites da antijuridicidade, tornando também indeterminada a tipicidade.<sup>21</sup> Em nosso sentir, a melhor definição de conduta seria *a ação ou omissão consistente e dirigida a determinada finalidade*.<sup>22</sup>

### 3.2. Formas de conduta

---

<sup>18</sup> RODRIGUES, Cristiano. Manual de direito penal, Indaiatuba, Editora Foco, 2019, p. 55.

<sup>19</sup> WESSELS, Johannes. Direito penal: parte geral, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1976. p. 22.

<sup>20</sup> JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. p. 233.

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Ob. cit. p. 88.

<sup>22</sup> JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. p. 211.



Quanto as formas (natureza) da conduta, elas podem ser divididas em ação ou omissão. Como apontado por Cristiano Rodrigues<sup>23</sup>, via de regra, os tipos penais preveem ações, porém, mais do que isso, sabemos que o crime requer na verdade a prática de uma conduta – que pode ser uma ação ou omissão.

Neste sentido, Francisco de Assis Toledo sustentava que o fato-crime consistia, sempre e necessariamente, em uma atividade humana, positiva ou negativa, pois a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo, só se estabelece diante da existência de uma ação ou omissão, que seja fruto de uma vontade, capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma.<sup>24</sup> A ação ou comissão, encontrada na maioria dos núcleos dos tipos penais, se daria pela prática de um comportamento ativo, é dizer, um fazer, realizar um movimento corporal voluntário. A omissão, por sua vez, exceção nos tipos penais, é o não fazer, ou seja, uma conduta negativa.

Damásio<sup>25</sup>, para explicar a natureza da omissão, cita a teoria naturalística e a normativa. Para ele, a omissão seria a forma de comportamento que pode ser apreciado pelos sentidos, sem a necessidade de convocar a norma penal. Por sua vez, a segunda teoria sustenta que a omissão não seria apenas o não fazer, mas não fazer algo, haja vista que o fulcro do crime omissivo está em uma ação esperada e pensada e, caso isso não ocorra, não haveria tipicidade na conduta.

Na visão de Pierpaolo Bottini, a omissão juridicamente relevante é a ausência de um comportamento – voluntária e consciente – exigido (e por isso esperado) pela norma jurídica. E complementa que por se tratar de norma penal, o mandamento deverá (i) cumprir com as exigências da legalidade e de outros princípios limitadores do direito penal; (ii) ter um sentido teleológico de tutelar um bem jurídico com dignidade penal; e (iii) respeitar o limite ontológico da omissão (capacidade de agir).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> RODRIGUES, Cristiano. Ob. cit. p. 65.

<sup>24</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 1994, p.91.

<sup>25</sup> JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. p. 237/238.

<sup>26</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria, São Paulo, Marcial Pons, 1. Ed., 2018, p.35 e 37.

Em nosso ordenamento jurídico, a omissão é penalmente relevante apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado<sup>27</sup>, cabendo, o dever de agir a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

### **3.3. Crimes omissivos próprios (puros), omissivos impróprios (comissivos por omissão) e a figura do garantidor**

Ainda segundo Bottini, a primeira indicação expressa a respeito de duas características de omissão – próprias e impróprias – é atribuída a LUDEN, embora autores apontem a existência de referências mais ou menos precisas sobre tais elementos já em meados do século XIX<sup>28</sup>.

Os crimes omissivos próprios, são os delitos essencialmente omissivos, aqueles que o tipo penal prevê a conduta omissiva, ou seja, o não fazer está expressamente vedado pela norma penal e o agente comete a infração penal por meio prática da omissão prevista em lei. No ponto, pode ser citado como exemplo o delito previsto no art. 135 do Código Penal (Omissão de Socorro).<sup>29</sup> No ponto, segundo Rodrigues<sup>30</sup>, podemos citar as três principais características desses crimes: a lei prevê expressamente uma conduta omissiva, de não fazer algo; eles originam a um dever geral de agir, via de regra, imposto a todos; o agente responde apenas pela omissão, pois não há sequer resultado naturalístico previsto (crime de mera conduta).

Quanto aos crimes omissivos impróprios, também conhecidos por comissivos por omissão, o agente pode realizar o núcleo do tipo em razão do dever de garantia que possuía, sendo responsável pelo resultado

---

<sup>27</sup> Art. 13, CP. § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

<sup>28</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p.52.

<sup>29</sup> Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Cristiano. Ob. cit. p. 71.

oriundo de sua omissão. Segundo ensinava Julio Mirabete, nos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão, ou comissivos-omissivos), a omissão consiste na transgressão do dever jurídico de impedir o resultado, praticando-se o crime que, abstratamente, é comissivo. A omissão é forma ou meio de se alcançar o resultado (no crime doloso). Nos crimes omissivos impróprios a lei descreve uma conduta de fazer, mas o agente se nega a cumprir o dever de agir.<sup>31</sup>

Para Roxin, omissões impróprias são aquelas equiparadas à ação na ótica do legislador, seja por meio de uma cláusula geral, seja por uma equiparação especificamente prevista na Parte Especial.<sup>32</sup> A omissão imprópria, está vinculada ao dever de garantia, ou seja, a depender da posição em que se encontra o omitente, surgirá o dever de evitar o resultado.

Assim, se pensarmos em uma hipótese de afogamento, em uma piscina de um clube, devemos verificar que a natureza da omissão do salva-vidas não será a mesma das demais pessoas (sócios do clube) que ali estão para desfrutar do local. No Caso, o salva-vidas se encontra em uma posição de garantidor e havendo o resultado morte em decorrência de sua omissão, resultaria no delito de homicídio, enquanto aos demais indivíduos, que não possuem o mesmo dever jurídico, mas que podendo agir, se omitiram, responderão apenas pelo delito de omissão de socorro.

Para Bottini, ao citar Wessels, a omissão própria é comum, atribuível a qualquer pessoa, enquanto a imprópria é especial, somente punível quando realizada por garantes.<sup>33</sup> Importante a associação lógica trazida por Rodrigues no sentido de que os crimes omissivos impróprios são crimes de ação cometidos através de uma omissão, por isso chamados de comissivos por omissão, e por serem em essência crimes cuja norma prevê uma ação configuram a chamada forma imprópria de omissão.<sup>34</sup> Ainda com relação ao tema, ensina Toledo que a omissão terá o mesmo valor penalístico da ação quando o omitente se colocar, por força de um

---

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Ob. cit. p. 115.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, II. Parte General, Madrid, Civitas, 2014, p. 760.

<sup>33</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p.57/58.

<sup>34</sup> RODRIGUES, Cristiano. Ob. cit. p. 70.

dever jurídico (art. 13, 2º), na posição de garantidor da não-ocorrência do resultado<sup>35</sup>.

Do exposto, resta evidente que a conduta que dá ensejo à omissão imprópria não vem expressamente prevista no tipo penal incriminador, mas a ele se amolda, seja porque está implícita em sua estrutura, seja pela existência de cláusula geral de equiparação prevista na parte Geral do Código Penal. Assim, o delito de homicídio, descrito como “matar alguém” não menciona expressamente uma omissão, como fazem os dispositivos que carregam omissões próprias. Por isso, sempre que se imputar a morte a uma omissão, se tratará de omissão imprópria.<sup>36</sup>

É neste contexto, da responsabilidade penal por omissão imprópria, que emerge a figura do garantidor. Garante, segundo Enrique Bacigalupo, é aquele que assume a posição de garantidor, ou seja, se trata da pessoa que deve responder juridicamente pela produção dos danos ocorridos. Tal responsabilidade deriva tanto do dever conferido aos garantidores de atuar diligentemente quanto, e especialmente, pela vinculação destes sujeitos a determinados bens jurídicos a ele confiados. Essa confiança normativa justificaria os deveres de proteção e vigilância aos bens jurídicos inseridos em seu âmbito de proteção, tornando-os verdadeiros *gatekeepers* tanto em face dos perigos que diretamente cercam estes bens (fonte dos deveres de proteção), quanto às fontes de perigo que podem, inclusive, afetar bens jurídicos alheios (fonte dos deveres de vigilância)<sup>37</sup>.

Se é certo que “todo aquele que ocupa uma posição dentro de um órgão diretivo é garante frente aos perigos materiais derivados da atividade empresarial”<sup>38</sup>, não é igualmente certa qual a posição concretamente ocupada pelo *compliance officer* na estrutura organizacional da sociedade empresária. E esta análise impacta objetivamente, haja vista a correlação entre as atribuições recebidas e as responsabilidades delas decorrentes.

---

<sup>35</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. ob. cit. p.116/117.

<sup>36</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p.62.

<sup>37</sup> BACIGALUPO, Enrique. “*Compliance*” y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 282.

<sup>38</sup> BACIGALUPO. Op. Cit, p. 72.

Nessa linha, a limitação das responsabilidades funcionais serve como um demarcador do alcance da garantia de proteção aos bens jurídicos que, por conta dessa delegação limitada, são postos nessa condição aos deveres de proteção e vigilância destes profissionais<sup>39</sup>. E não se está aqui tratando de vácuo de responsabilidade, senão de delimitar o *quanto* dessa responsabilidade é delegada aos *compliance officers*, estando certo que aquilo que não se transfere concretamente a estes profissionais será mantido sob o âmbito de responsabilidade dos dirigentes (sócios, acionistas e membros do Conselho de Administração da instituição)<sup>40</sup>.

#### **4. A responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer* e a definição do alcance da posição de garante**

Com o expansionismo do Direito Penal, para muito além do princípio da reserva legal e do direito penal mínimo, surgiu a discussão acerca do reconhecimento da responsabilidade penal, em especial por omissão, de pessoas que, ocupando determinados cargos em pessoas jurídicas, não experimentavam a imputação de delitos, o que nos leva a pensar em um novo direito penal, ao menos na forma de se buscar a responsabilização penal desses profissionais. Ademais, com a evolução das empresas, foram criados novos cargos, bem como adotadas regras de

---

<sup>39</sup> Nas palavras de Bacigalupo: “O dever de garante admite limites derivados da organização e da divisão do trabalho. Sem embargo, esses limites somente reagirão em grandes organizações, nas quais não seja possível o controle por cada administrador de todos os riscos gerados pela empresa ou aos que a empresa está exposta.” (Op. Cit, p. 73)

<sup>40</sup> “A designação pelo conselho de administração de um *compliance officer* ou a instalação de um departamento de revisão interna [...] constituem uma necessidade prática imposta pela complexidade organizativa das empresas modernas e requer delegação dos deveres de garantia que cabem ao conselho de administração. O fundamento desta delegação é a imprescindível divisão do trabalho que caracteriza a organização empresarial. [...]. Porém, de todo modo, a delegação não eliminará totalmente a responsabilidade dos membros do conselho de administração, pois, as obrigações de supervisão e controle permanecerão sempre no conselho e em seus membros. Com estas palavras, ‘a delegação não interrompe a responsabilidade’ do obrigado originário, senão que a modifica.” (BACIGALUPO. Op. Cit, p. 152)

controle, implementadas e fiscalizadas pelo determinadas pessoas, que ocupando funções específicas, poderão ser tratados como os novos responsáveis penais, garantidores, portando.

Segundo o professor Fábio Nusdeo, as empresas se transnacionalizam, perdendo as amarras ou vínculos com o país de onde se originaram. Os chamados carros mundiais, produzidos e lançados pelas grandes montadoras multinacionais, são bem um exemplo. Tais carros podem ser indiferentemente produzidos nas mais longínquas latitudes. A linha de produção incorpora peças oriundas de locais diversos, sendo as especificações técnicas a diretriz comum. Assim, os mesmos automóveis surgem em diferentes pontos do planeta, sempre idênticos, comercializados segundo uma política centralizada de vendas e com suporte logístico quanto a suprimentos e deslocamentos sob comando único.<sup>41</sup>

Por sua vez, o professor Celso Grisi, também referido por Nusdeo, ensina que a intensificação dos processos de globalização da economia obrigou as organizações a buscarem mercados internacionalizados, cujas dimensões – substanciais como são -, viabilizem a distribuição massiva de produção assentada em escalas econômicas crescentes. Esse mecanismo, que se retroalimenta à medida que as várias expansões industriais induzam o aparecimento do regime de economias de escala, provoca a exacerbação dos movimentos de concentração e o aparecimento de megaoperações transnacionais.<sup>42</sup>

Algumas sociedades anônimas passaram a deter estabelecimentos, que são unidades da própria empresa, ou subsidiárias, que são sociedades controladas, em centenas ou milhares de lugares, assim desenvolvendo uma rede de império e influência que nenhum país jamais teve<sup>43</sup>. Também por conta disso, houve significativa evolução da legislação inerente às normas de controle e governança, bem como casos comuns de empresas que operam em várias partes do mundo e necessitam de um padrão comportamental daqueles que a dirigem ou tem a função de

---

<sup>41</sup> Fábio Nusdeo. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6. ed. rev. e atual., 2010, p. 333.

<sup>42</sup> Celso Cláudio de H. Grisi. “Marketing industrial”. In: Gestão de operações. José Celso Contador, Editora Blucher ltd., 1997

<sup>43</sup> Ob. cit. p. 362.

fiscalizá-la, exigindo que os entes coletivos possuam meios de controles internos, seja por meio de códigos de conduta ou pela atuação de pessoas isentas, dentre da organização.

Em razão do exposto, inúmeras empresas têm adotado regras de *compliance* e instituído a função de *compliance officer*, em especial para análise e gestão de riscos, inculcando e desenvolvendo a ideia de cumprimento de regras no ente coletivo, ou seja, cuidando dos procedimentos e normas internas. Ademais, ao *compliance officer*, também se reserva o dever de vigilância sobre pessoas, enquanto munidas de atividades reconhecidamente como fontes de perigo. Sua vigilância pode recair sobre vários aspectos: identificar atos de corrupção, atos que lesem o meio ambiente, atos que coloquem em risco a credibilidade da empresa perante seus consumidores, enfim, essa vigilância pode recair sobre qualquer ato da atuação empresarial<sup>44</sup>

Em verdade, o aumento considerável no volume, na complexidade e na multiplicidade das obrigações de *compliance* oriundas de uma grande quantidade de fontes de riscos, passam a exigir das organizações estruturas gerências idôneas, que tenham controles dos riscos das atividades corporativas e compostas de pessoal altamente qualificado.<sup>45</sup> Por conta disso, temos visto preciosos estudos sobre a responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão.<sup>4647</sup> Em âmbito legislativo, na esfera criminal, a Lei 9.613/1998, com a alteração que sofreu em razão da entrada em vigor da Lei 12.683/2012, criou várias

---

<sup>44</sup> QUEIROZ FILHO, Carlos Alberto Bezerra. *Compliance: responsabilidade penal da pessoa jurídica, de seus dirigentes e de agentes públicos, por omissão*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Direito, 1. ed., 2020, p. 91.

<sup>45</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. *A responsabilidade penal do compliance officer nas organizações*, Belo Horizonte e São Paulo, D'Plácido, 1. ed. 1. reimp., 2021, p. 49.

<sup>46</sup> ESTELLITA, Heloísa. *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 de empresa*, São Paulo, Marcial Pons, 1. ed., 2017.

<sup>47</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial – a omissão do empresário como crime*, Coordenação: Cláudio Brandão, Belo Horizonte, editora D'Plácido, coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, 2016.

normas prevendo obrigação de vigilância sobre operações vinculadas a lavagem de capitais.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações



Contudo, ainda há outras questões a serem aprofundadas, como é o caso da análise da responsabilidade penal do *compliance officer*, por eventual omissão imprópria, inclusive em concurso de pessoas com dirigentes, em especial pela ausência de casos discutidos perante os Tribunais Superiores. É fato que a condição de alguém, que ocupa a função de *compliance officer*, por si só, não atrai responsabilidade penal, haja vista que esta é de cunho subjetivo.

Ademais, também não nos parece que o *compliance officer*, por ocupar essa função, seja, no aspecto criminal, necessariamente um garante, é dizer, aquele omitente responsável pelo resultado já que assumiria uma posição de garantia de integridade ao bem jurídico.<sup>49</sup> Quando tratamos da responsabilidade penal de um indivíduo, ainda mais quando há dúvida sobre a forma de se aplicar tal responsabilidade, todo cuidado e atenção são necessários, pois *as noções atuais de criminal compliance e boa governança, impõe, assim, novas percepções de responsabilidade.*<sup>50</sup>

Diante do quadro, para que se possa analisar, com certa segurança, a responsabilidade penal em questão, imprescindível conhecer a atuação do *compliance officer* no corpo das sociedades empresariais, pois a função está apoiada em algumas premissas, tais como, a autonomia, independência e autoridade, sendo inequívoco que *o fato de ser compliance officer não faz dele um coautor automático dos crimes praticados no âmbito empresarial.*<sup>51</sup> Pelo contrário, tendo em vista que função alguma induz ou deve induzir responsabilidade criminal, em especial quando tratamos da figura da omissão imprópria.

Desta feita, num primeiro momento importante consignar que dirigentes de pessoas jurídicas praticando condutas, por ação ou omissão (própria ou imprópria), poderão ser responsabilizados criminalmente,

---

recebidas com base no inciso II do **caput** aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil.

<sup>49</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ob. cit. p. 100.

<sup>50</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ob. cit. p. 111.

<sup>51</sup> QUEIROZ FILHO, Carlos Alberto Bezerra. Ob. cit. p. 92/93.

independentemente da responsabilização da pessoa jurídica que, no direito penal brasileiro, só poderiam ser responsabilizadas por delitos ambientais.

Contudo, havendo a responsabilização dos dirigentes, em casos de pessoas jurídicas que possuem a figura do *compliance officer* ou alguém que, a pretexto de não estampar essa nomenclatura exerça funções de *compliance*, cabe analisar se este teria alguma responsabilidade criminal individual ou em concurso de pessoas. Importante consignar que entendemos que a função de *compliance officer* não induz, necessariamente, a posição de garante, o que deveria ser avaliado, caso a caso, analisando a estrutura organizacional da empresa e verificando, de fato, qual o grau de atuação do *Officer*.

No que se refere ao concurso de pessoas, entendemos fundamental verificar a existência do vínculo subjetivo (liame subjetivo) entre o dirigente e o *compliance officer*, ou seja, deve haver um acordo prévio de vontades ou a aderência de vontades, mesmo não havendo acordo preliminar entre eles, buscando um fim específico e comum, para que possamos pensar em concurso de pessoas. E isto ocorre, porque, conforme abordado no tópico anterior, os deveres de proteção e vigilância não são originariamente deste profissional, mas dos dirigentes da empresa<sup>52</sup>, que lhe transmitem mediante uma delegação.

Esta delegação será, a um só tempo, a referência corporativo-gerencial para a atuação concreta deste profissional e a moldura normativa de seu papel de garante em face aos bens jurídicos que lhe foram concretamente confiados. Nas palavras de Silva Sanches, “o concreto compromisso assumido é o elemento que dota o sujeito de domínio sobre o resultado e é o que atua como uma barreira de contenção de riscos, sem o que a ostentação de um dever jurídico seja suficiente para fundamentar a responsabilidade em comissão por omissão.”<sup>53</sup>

Nesse caso, então, havendo a demonstração do vínculo subjetivo, da pluralidade de condutas e da relevância causal da conduta para a produção do resultado, requisitos essenciais para a aplicação e do reconhecimento do concurso de agentes ou omitentes, todos aqueles que

---

<sup>52</sup> SILVA SANCHÉS, Jesús Maria. Fundamentos del derecho penal de la empresa, Montevideo, B de F, 2013, p. 108.

<sup>53</sup> SILVA SANCHES. Op. Cit, p. 111.

concorrem para o delito responderão nas penas a ele cominadas, na medida do seu grau de contribuição. Mas um ponto merece ser destacado: todos os elementos dogmáticos acima mencionados deverão passar pelo filtro da realidade, das evidências empíricas, da situação de fato na qual o profissional se encontra, seja diante das responsabilidades formalmente a ele confiadas, seja pela autonomia, confiança e estrutura em desempenhar as missões delegadas.

Assim, em se tratando da figura do *compliance officer*, a conclusão quanto à sua responsabilidade dependerá da análise de sua ação (aqui não haveria dúvida) ou omissão (situação mais delicada), para só após ser ele responsabilizado<sup>54</sup> A responsabilização criminal do *compliance officer*, possui discussão mais aprofundada e regulamentação em vários países do mundo, tais como a Alemanha e os EUA.

Saavedra<sup>55</sup> trata da decisão BGH Entscheidung von 17.07.2009 StR 394/08, que condenou um *compliance officer*, sob o fundamento que possui a posição de garante, ao assumir o dever de prevenção de delitos internos. Davi Tangerino, ao tratar dos efeitos penais da adoção de um programa de *compliance*, quando a prática de um delito por uma pessoa jurídica, traz vários precedentes dos EUA, reconhecendo a responsabilidade criminal de empresas, mas havendo a mitigação da pena para aquelas que possuem programas de ética e *compliance* efetivamente estruturados e aplicados.<sup>56</sup>

Por fim, em outro artigo, também publicado no *Boletim do IBCCRIM*,<sup>57</sup> Saavedra já havia sinalizado para o risco de, em breve, o descumprimento dos deveres de *Compliance* serem associados à posição de garante. Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em novembro de 2010: “(...) Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte

---

<sup>54</sup> QUEIROZ FILHO, Carlos Alberto Bezerra. Ob. cit. p. 93.

<sup>55</sup> SAAVEDRA, Giovani. *Panorama do Compliance no Brasil*. In: Nohara, Irene Patrícia; Pereira, Flávio de Leão Bastos. Governança, *Compliance* e Cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 42.

<sup>56</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. “*Compliance* no direito penal de common law”. Revista de Estudos Criminais, Ano XVIII, Nº 73, São Paulo, Síntese, p. 97, 2019.

<sup>57</sup> SAAVEDRA, Giovani A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.

*dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, 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*<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Apelação Criminal n. 5008326-03.2010.404.7100/RS, relator Paulo Afonso Brum Vaz, data de publicação: 19.11.2010 (grifo nosso). Há também julgados que já começam a discutir a possibilidade de se exigir deveres de *Compliance* de contadores e advogados. Ver, por exemplo: “EMENTA: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LAVAGEM DE DINHEIRO. RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO E DO CONTADOR. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE COLABORAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FACTUAIS OBJETIVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Os artigos 9º e 10 da Lei 9.613/98 não incluem o contador e o advogado entre os profissionais que possuem dever de colaboração (compliance) com a repressão à lavagem de dinheiro (identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras com sérios indícios de lavagem de dinheiro). 2. O próprio Conselho Federal de Contabilidade não exige do contador a obrigação de fiscalizar a veracidade das informações que lhe são repassadas pelos seus clientes, conforme muito bem observou o ilustre Juiz Federal Eduardo Gomes Philippsen na sentença proferida na AP nº 2007.71.04.004606-0/RS. Evidentemente, isso não significa que um profissional da contabilidade jamais poderá ser responsabilizado criminalmente. Por ocasião do julgamento da ACR nº 2004.04.01.025529-6, Rel. Juíza Federal ELOY BERNST JUSTO, D.E. 28-06-2007, a Oitava Turma da Corte teve a oportunidade de manter a condenação por sonegação fiscal de um contador que trabalhava em um departamento de contabilidade exclusivo da aludida escola de informática, o qual controlava diretamente todas as falsidades fiscais que propiciaram vultoso crime contra a ordem tributária. 3. Ademais, a simples prestação de serviços advocatícios pelo acusado (contador e advogado) por ocasião da constituição da empresa utilizada para a ocultação de capital proveniente de tráfico internacional de drogas não é, por si só, suficiente para justificar a sua condenação, porque a acusação não logrou êxito em indicar na denúncia e comprovar ao longo da instrução que o réu teria incorrido no tipo penal do artigo 1º, inciso I, § 2º, I e II da Lei 9.613/98, isto é, que sabia dos propósitos obscuros da aludida pessoa jurídica. 4. Portanto, se é verdade que advogados e contadores também podem praticar o branqueamento de capitais quando as circunstâncias factuais objetivas preconizadas pelo artigo 6º, item 2, "f", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (v.g. pagamento de honorários em espécie, valores fracionados, em joias) demonstrarem que houve subversão da sua atuação profissional, orientando e auxiliando, direta ou indiretamente, seus clientes no desiderato de ocultar ou dissimular valores provenientes dos delitos precedentes, também é certo que esses profissionais liberais não podem ser incriminados pelo simples contato que tiverem com os autores dos crimes

No Brasil, praticamente não são encontrados casos, nos tribunais superiores, de discussão da responsabilidade penal do *compliance officer*, salvo aquele tratado na Ação Penal 470/MG, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, onde foram julgados o Diretor do Controle e *compliance* e a Vice-Presidente do Comitê de Prevenção à lavagem e *compliance* do Banco Rural. Na mencionada ação penal originária, importante darmos destaque para algumas passagens no voto vencido do Revisor, o Min. Ricardo Lewandowski, ao tratar da responsabilidade penal, por omissão, do Diretor (Vinícius) e da Vice-Presidente (Ayanna)<sup>59</sup>.

---

antecedentes quando o órgão acusatório deixar de demonstrar, com segurança, como no caso em tela, os aspectos que denotam a ciência dos fins ilícitos da assessoria prestada. 5. Embargos infringentes providos. (TRF4, ENUL 2007.70.00.026565-0, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 24/06/2011)”. Porém, os julgados que existem acerca do tema são todos anteriores à nova resolução do Conselho Federal de Contabilidade, que regula os deveres de *Compliance* da classe. Portanto, fica a dúvida se as decisões teriam sido diferentes, se os julgadores tivessem à sua disposição essa resolução.

<sup>59</sup> "(...) Dito isso, concluo que AYANNA TENÓRIO: i) ingressou no Banco Rural apenas em 12 de abril de 2004; ii) não chegou a trabalhar com José Augusto Dumont, ex-Presidente do Banco Rural, alegadamente responsável pelo início das operações tidas como fraudulentas; iii) no período em que nele esteve empregada participou formalmente de apenas duas renovações de empréstimos para empresas ligadas a MARCOS VALÉRIO; e iv) não conhecia nenhum dos correus desse processo, a não ser os que trabalhavam no banco, com os quais mantinha relações de natureza estritamente profissional. **Nesse passo, convém pontuar, novamente, que o nosso ordenamento legal, segundo exaustiva jurisprudência desta Corte, não contempla a responsabilidade penal objetiva, nem mesmo no campo societário, onde sabidamente é mais difícil a individualização da conduta dos agentes alegadamente envolvidos em fatos criminosos, dado o entrelaçamento das atividades de sócios e administradores.** Nessa linha, destaco as lúcidas observações feitas pelo Min. Celso de Mello, no HC 88.875/AM, que constam da ementa do julgado, a seguir transcritas:(...). Por todas essas razões, e considerada a prova colhida nos autos, não estou autorizado a concluir que AYANNA TENÓRIO TORRES DE JESUS tenha contribuído de qualquer forma para a consecução do crime tipificado no art. 4º da Lei 7.492/1986, até mesmo porque o delito em questão não comporta a hipótese de dolo eventual ou a modalidade culposa. (...). Entendo necessário enfrentar, ainda, a questão da alegada **“omissão dolosa”** do réu VINÍCIUS SAMARANE, a qual supostamente teria contribuído para a materialização do delito de gestão fraudulenta. Ora, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Deve-se indagar, então, se VINÍCIUS SAMARANE

devia e podia atuar a fim de evitar o crime previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986. Dito de outro modo, será que ele tinha, de fato, o poder de conceder ou renovar empréstimos? Penso que a resposta é desenganadamente negativa, como diria o Ministro Marco Aurélio. Isso porque, ainda que VINÍCIUS SAMARANE tivesse, apenas para argumentar, opinado - mas não há provas de que isso houvesse ocorrido – sobre tais operações, aprovando-as ou apontando eventuais falhas na análise do respectivo risco, o poder final de decisão repousava nas mãos dos corréus KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO. Nesse sentido, mencionei anteriormente, ao analisar a conduta desses corréus, que, embora Welerson A. da Rocha, do Comitê Executivo de Crédito do Banco Rural, tenha se manifestado no sentido de que a proposta de renovação de um dos empréstimos envolvia “risco banqueiro”, ela foi autorizada por aqueles dirigentes. **É dizer: ainda que VINÍCIUS SAMARANE tivesse opinado ou apontado eventual risco nessas operações, a sua manifestação não teria caráter vinculante, eis que a aprovação ou rejeição destas operações dependia dos votos de KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO** (fl. 139, vol. 143 dos apensos). Destaco, ainda, assim como fiz em relação a AYANNA TENÓRIO, que o fato de VINÍCIUS SAMARANE ter sido sancionado com a pena de inabilitação temporária para gerir instituição financeira, no bojo do Processo Administrativo Punitivo 0601322934 (Aviso 78/BCB-Presi, fls. 32.911-32.925 – vol. 153), tal pena não acarreta a sua condenação automática pelo delito de gestão fraudulenta, até porque a decisão ainda não se tonou definitiva, pois depende de apreciação do competente recurso. **Ainda que assim não fosse, recorro que nosso ordenamento legal, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, não contempla a responsabilidade penal objetiva - muito menos de caráter retroativo - nem mesmo no campo societário, onde sabidamente é mais difícil a individualização da conduta dos agentes alegadamente envolvidos em fatos criminosos, dado o entrelaçamento das atividades de sócios e administradores. Nessa linha, como já destaquei, é o entendimento desta Casa no HC 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello. Não existe, permito-me insistir, nenhuma prova de que VINÍCIUS SAMARANE tenha tido participação nos eventos em tela e, muito menos, exibido qualquer dolo em sua conduta como empregado do Banco Rural no que toca ao delito que lhe foi imputado. E mais: não restou evidenciado que conhecesse ou mantivesse qualquer relacionamento com os demais corréus desta ação penal, à exceção dos dirigentes da instituição financeira para a qual trabalhava e ainda trabalha.** Isso posto, voto no sentido de JULGAR IMPROCEDENTE a presente AÇÃO PENAL, para ABSOLVE-LO da acusação de ter incorrido nas penas do art. 4º da Lei 7.492/1986, nos termos do art. 386, VII, do CPP, mantidos, por consequência, os seus direitos políticos.(...)” – grifos e destaques dos autores deste artigo.

Do julgado, para a discussão do presente artigo, se extrai o reconhecimento da possibilidade da existência da responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer*, desde que fique devidamente demonstrado o dolo direto na conduta. Em relação ao Diretor, a sua condenação se deu em razão de seu comportamento omissivo, ou seja, por sua ação comissiva por omissão, já que detinha o dever vigilância e controle do Banco Rural e não o cumpriu, deixando de impedir o resultado.<sup>60</sup>

Ademais, é importante observar que para que seja configurada a responsabilização penal do *compliance officer* por omissão imprópria, é necessário que haja sido descrita de forma clara os limites de sua responsabilidade no *job description*, ou no contrato de trabalho, bem como presentes os requisitos objetivos caracterizadores da omissão imprópria: a) posição de garantidor; b) situação típica de perigo; c) capacidade real de agir e a omissão da conduta devida para evitar o resultado típico; d) o nexo de causalidade entre a omissão e o resultado.<sup>61</sup>

Alexandre e Fernanda Fragoso<sup>62</sup>, ao demonstrarem a existência de responsabilidade de dirigentes e do *compliance Officer*, quando aderem de forma conjunta ao *iter criminis*, caracterizando o dolo na participação ou coautoria do *officer*, no caso deste último não promover a abertura de um procedimento de investigação interna em virtude da Alta Direção em manter desconhecidos os autores da infração penal, bem como no arquivamento de uma denúncia recebida apesar de possuir justa causa, responderiam ambos por omissão imprópria.

Por outro lado, caso o *compliance officer* apenas esteja obrigado a comunicar aos dirigentes as denúncias recebidas, pelo canal específico da empresa, de crimes que estejam sendo praticados em seu interior, só teria alguma responsabilidade penal, caso, agindo com dolo, não o fizesse para que aqueles que estivessem cometendo o delito, assim continuassem, ou seja, de qualquer maneira contribuindo para a prática dos delitos, no caso, por omissão.

---

<sup>60</sup> QUEIROZ FILHO, Carlos Alberto Bezerra. Ob. cit. p. 93.

<sup>61</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. Ob. cit. p. 162.

<sup>62</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. Ob. cit. p. 165.

No ponto, vale lembrar que é desnecessário que o *compliance officer* tenha realizado alguma tratativa prévia com aqueles que estão a praticar o delito ou mesmo que eles tenham conhecimento da ciência do *officer*, para que este último possa responder pelos delitos, em concurso de pessoas, haja vista a desnecessidade de ajuste prévio, bastando a aderência de vontade e o vínculo subjetivo do *compliance officer* àqueles que estão executando as condutas. Aqui, os dirigentes da empresa não possuíam nenhuma responsabilidade penal, da ausência de ciência dos fatos, pela falta de comunicação por parte do *officer*.

Como concluiu Zenkner, e na linha do que construímos acima, “fica evidente, assim, que a obrigação assumida é de meio, e não de resultado, assumindo o *compliance officer* o compromisso de empregar todos os seus conhecimentos e meios técnicos para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele.”<sup>63</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Concluimos no sentido de que, como proposto por Schüneman, é preciso encontrar uma “solução intermediária” para esse debate, que nem extrapole no viés regulatório e sancionatório, inviabilizando o exercício das funções de *compliance* nas organizações, mas que também não feche os olhos para malfeitos de executivos de *compliance* que podem se utilizar de comportamentos deliberadamente omissivos. Nas palavras de Schüneman, “deve haver uma ação ou omissão

---

<sup>63</sup> ZENKNER, M. Op. Cit, p. 410. Ainda acrescenta o autor: “(...) a responsabilidade penal decorrente de uma suposta falha na fiscalização do cumprimento das normas, técnicas e procedimentos em determinadas organização empresarial dependerá das funções e competências que o profissional tenha assumido em termos concretos. Assim, restará elidida a responsabilidade se, após a ocorrência do ilícito, ficar demonstrado que o programa de *compliance* implementado não possuía nenhuma efetividade exatamente porque não foi concedida ao profissional a autonomia, a autoridade, as condições materiais e o acesso total e irrestrito às informações de que ele necessitava para o bom cumprimento de seu mister. Bem mais complexas são as situações nas quais o *compliance officer*, por uma conveniência qualquer, desenvolve um estratagem para se colocar em posição de desconhecimento acerca de um elemento do tipo e, assim, falha propositalmente no seu *dever de conhecer a informação disponível*.” (p. 413)



que infrinja uma norma e que [esta] tenha sido cometida culposamente (é dizer, de um modo individualmente evitável).”<sup>64</sup>

A dificuldade em se estabelecer o alcance da posição de garante e, por consequência, da extensão da responsabilidade criminal a que podem estar sujeitos os *compliance officers* diante de condutas omissivas impróprias não pode ser obstáculo ao avanço da reflexão. Pelo contrário. A insegurança jurídica em torno do tema precisa servir de estímulo ao seu aprofundamento teórico, com os olhos voltados à prática. Neste sentido, seria benfazejo que os limites vagos da posição geral de garante fossem convertidos em norma específica, de caráter omissivo, capaz de situar tanto delegatários quanto delegados acerca do ambiente regulatório inerente à função. O tema merece um estudo próprio, que não está no escopo do atual artigo, mas deixamos como estímulo para novas incursões. Como ressaltou Laufer, “(...) onde há risco de que a autorregulação e demonstrações de boa cidadania sejam incentivos de policiamento não determinantes, a troca é qualquer coisa, menos positiva.”<sup>65</sup> Concordamos que, ao menos no Brasil, a previsão legal não é garantia de estabilidade, mas a ausência é ainda mais problemática.

Davi Tangerino, ao realizar uma leitura da experiência de países do *common law* com base nos reflexos que a adoção de programas de compliance possuem tanto na esfera administrativa dos órgãos de accountability, quanto na seara judicial, ofereceu um prognóstico curto, porém importante: “A verdadeira extensão, no campo penal, do compliance no Brasil ainda está por se desenvolver.”<sup>66</sup> É indiscutível que o Brasil recepcionou as estratégias de *compliance* em sua base legal e também na prática empresarial, cabendo ao debates entre a academia e a prática corporativa a tarefa de buscar, ao máximo, clarificar os impactos e a

---

<sup>64</sup> BACIGALUPO, E. Op.cit., p. 53. Ainda segundo Schüneman, mencionado por Bacigalupo: “Os órgãos de direção de uma organização, em numerosos casos, carecem da possibilidade de adotar uma decisão realmente posta a prova e refletida, pois somente recebem uma pequena fração das informações em si necessárias e, por isso, frequentemente atuam como instrumentos de management intermediário, posto que recebem apenas uma informação previamente selecionada, e desse modo são manipulados sem notar.” (p. 53).

<sup>65</sup> LAUFER, W. Op. Cit, pg. 15.

<sup>66</sup> TANGERINO, D. Op. Cit, p. 102

previsibilidade, para empresas e profissionais, a fim de potencializar o avanço dessa agenda em nosso país.

## REFERÊNCIAS

**BACIGALUPO**, Enrique. “Compliance” y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

**BOTTINI**, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria, São Paulo, Marcial Pons, 2018, 1. ed..

**CARVALHO**, José Murilo de. “Quem transgredir O Quê?”, In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques, Cultura das transgressões no Brasil: lições da história, Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial e Instituto Fernando Henrique Cardoso. 2008, p. 92-119 (<https://www.etco.org.br/publicacoes/livros/cultura-dastransgressoes-no-brasil-licoos-da-historia-2-2/>).

**ESTELLITA**, Heloísa. 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 de empresa, São Paulo, Marcial Pons, 1. ed., 2017.

**FRAGOSO**, Alexandre; **FRAGOSO**, Fernanda. A responsabilidade penal do compliance officer nas organizações, Belo Horizonte e São Paulo, D’Plácido, 1. ed. 1. reimp., 2021.

**GONSALES, Alessandra**. Compliance: a nova regra do jogo, São Paulo, Pauligrafia, 2016.

**JESUS**, Damásio E. de. Direito penal, volume 1: parte geral, São Paulo, Saraiva, 28. ed. ver., 2005.

**LISZT**, Franz Von. Tratado de derecho penal. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3ª ed. Madrid: Ed. Reus, 1929.

**MIRABETE**, Julio Fabbrini; **FABBRINI**, Renato N.. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP, São Paulo, Atlas, 29. ed. ver. e atual., 2013.

**OROMENDIA**, Marcelo. O papel fundamental das empresas para o combate à corrupção. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-papel-fundamental-das-empresas-para-o-combate-a-corrupcao/>> Acesso em: 16 jun.21.

**QUEIROZ FILHO**, Carlos Alberto Bezerra. Compliance: responsabilidade penal da pessoa jurídica, de seus dirigentes e de agentes públicos, por omissão, Rio de Janeiro, Lumen Juris Direito, 1. ed., 2020.

**RODRIGUES**, Cristiano. Manual de direito penal, Indaiatuba, Editora Foco, 2019.

**ROTSCH**, Thomas. “Corrupção e criminal compliance”. Trad. Raquel Lima Scalcon e Emilia Merlini Giuliani. Revista de Estudos Criminais, v. 18, n. 73, Porto Alegre, 2019.

**ROXIN**, Claus. Derecho Penal, II. Parte General, Madrid, Civitas, 2014.

**SAAVEDRA**, Giovani. “Reflexões iniciais sobre criminal compliance”. Boletim do IBCCrim, ano 18, n. 218, São Paulo, IBCCrim, 2011.

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

**SARCEDO**, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, São Paulo, LiberArs, 2016.

**SILVA SANCHÉS**, Jesús Maria. Fundamentos del derecho penal de la empresa, Montevideo, B de F, 2013.

**SILVEIRA**, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial – a omissão do empresário como crime. Coordenação: Cláudio Brandão, Belo Horizonte, editora D’Plácido, vol. 5, 2016.

\_\_\_\_\_. “Crise econômica e reflexos penais”. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal, Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2017.

**TANGERINO**, Davi de Paiva Costa. “Compliance no direito penal de common law”. Revista de Estudos Criminais, Ano XVIII, Nº 73, São Paulo, Síntese. 2019.

**WESSELS**, Johannes. Direito penal: parte geral, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1976.

**ZENKNER**, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal, Belo Horizonte, Fórum, 2ª reimpressão, 2019.