

RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*: UM OLHAR À LUZ DOS PRESSUPOSTOS JURÍDICO-PENAIIS DA OMISÃO IMPRÓPRIA

CRIMINAL LIABILITY OF THE COMPLIANCE OFFICER: A VIEW IN THE LIGHT OF THE LEGAL AND CRIMINAL ASSUMPTIONS OF IMPROPER OMISSION

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho¹

Mackenzie - SP

Lucas Ferreira Cereser²

Mackenzie - SP

Resumo

O presente artigo tem por objetivo investigar a relevância penal da omissão imprópria do *compliance officer*, sob o enfoque da tipicidade objetiva. Essa análise torna-se necessária à medida que existe uma tendência mundial em inserir no organograma empresarial um núcleo responsável pelo assessoramento, estruturação de resultados viáveis, formulação de estratégia de para a contenção dos riscos existentes e de transmissão de informações relevantes para a cúpula empresarial. Esse

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Salamanca. E-mail: marco.florencio@mackenzie.br

² Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), na linha de pesquisa Poder Econômico e seus Limites Jurídicos. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq) "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional". Pós-graduado lato sensu em Direito Público (Damásio Educacional- Ibmecc). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2019). Advogado. E-mail: lucasf.cereser@terra.com.br

núcleo tem como encarregado a figura do *compliance officer*, de modo que, pelas funções assumidas e pelo incremento dos crimes omissivos impróprios no bojo corporativo, se faz imprescindível a averiguação de sua possível posição de garante, bem como dos pressupostos jurídicos-penais para a imputação de sua responsabilidade.

Palavras-chave

Omissão imprópria. *Compliance officer*. Posição de garante.

Abstract

This article aims to investigate the criminal relevance of the improper omission of the compliance officer, from the perspective of objective typicality. This analysis becomes necessary as there is a worldwide tendency to include in the business organization chart a nucleus responsible for advising, structuring viable results, formulating a strategy to contain existing risks and transmitting relevant information to the business leadership. This core is in charge of the compliance officer, so that, due to the functions assumed and the increase in inappropriate omissive crimes in the corporate sphere, it is essential to investigate their possible position as guarantor, as well as the legal-criminal assumptions for the attribution of its responsibility.

Keywords

Improper omission. Compliance officer. Guarantor position.

1. Introdução

O incremento do rigor punitivo quanto à criminalidade dos negócios empresariais tem feito com que as empresas procurem mecanismos para um devido gerenciamento de seus riscos (penais) internos. Esses mecanismos, conhecidos como “programas de *compliance*”, assumem uma realidade no mundo corporativo, em especial, naquelas corporações mais suscetíveis à prática de corrupção

e de lavagem de capital³. Segundo Bacigalupo (2013; p. 152), outro fator responsável pela demanda desses programas decorre da complexidade organizacional das empresas modernas, que são marcadas pela pulverização de responsabilização e pela delegação dos deveres de garantia.

Partindo desse cenário, os órgãos da administração da empresa sentem-se cada vez mais impelidos a estabelecer um departamento integrado por várias pessoas sob a organização do (*chief compliance officer*). Trata-se de um órgão que figura fora do organograma estrutural, e, portanto, sem relação de subordinação com a cúpula empresarial, visando um melhor desenvolvimento a respeito do controle dos potenciais riscos de determinada atividade empresarial.

A análise a respeito da atribuição de responsabilidade penal do *compliance officer* ganha relevância, no Brasil, a partir do julgamento, em 2012, da Ação Penal (AP) nº 470 (Caso Mensalão) e, na Europa, sobretudo na Alemanha, com o acórdão do Supremo Tribunal alemão (BGH), em 2009. É esse o objeto do presente estudo, dando-se ênfase a seguinte indagação: Quais os pressupostos jurídico-penais, sob o enfoque da tipicidade objetiva, aptos a caracterizar a omissão penalmente relevante do *compliance officer*?

A fim de responder referida indagação, este artigo restou-se estruturado em três partes. Na primeira, expõe-se os papéis assumidos pelo *compliance officer* e se, em função destes, pode ou não

³ Interessante a concepção de Lascuraín (2019, p. 371) no sentido de que não apenas o Direito administrativo sancionador, mas também o Direito Penal, na maior parte dos países da Europa, ao adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, fizeram com que se impulsionasse a criação de órgãos destinados a implementar e a exercer o devido controle, a fim de que minimizar o cometimento de delitos na empresa e a favor desta.

ser considerado como garante. Em seguida, discute-se as incongruências (aspectos críticos) do julgamento da AP 470 e do *Obiter Dictum* por parte da Corte alemã. Por fim, será apresentado os pressupostos jurídico-penais para a caracterização da omissão penalmente relevante (omissão impropria) do *compliance officer*.

2. O papel do *compliance officer* nas organizações empresariais: um pressuposto necessário

Precisar o que se entende por programas de *compliance* é o ponto de partida para que se possa definir com clareza as funções do *compliance officer*. Sendo assim, entende-se que o termo “*compliance*” não se resume a um mero *estar em conformidade* com preceitos normativos. Conforme ensina Saavedra (2018, p.42-43), o *compliance* está ligado a uma nova área do conhecimento que busca estabelecer um “conjunto complexo de medidas que permite, em face de um cenário futuro ‘x’ de risco, garantir hoje, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada orientação de comportamento”.

Noutros dizeres, trata-se de mecanismo de gerenciamento de riscos, que engloba a prevenção, detecção e reação aos potenciais riscos de uma certa atividade empresarial, conferindo-se, ademais, “a busca de oportunidades de negócio em função do comportamento ético” (SAAD-DINIZ, 2019, p.132).

Dessa forma, extrai-se que os papéis do *compliance officer* são o de prestar informações a direção da empresa sobre o que constatou em sua análise e monitoramento, bem como o de diagnóstico/assessoramento em relação aos riscos mapeados. Não tem, portanto, poder de direção ou de decisão, ou ainda o de intervenção

direta, de modo que sua função não é a de evitar crimes. Essa é uma consequência secundária de sua função, e não a primordial (PLANAS, 2021, p. 247). Afinal, se sua função fosse a de evitar crimes teria que ser detentor do poder de tomada de decisão e de intervenção, o que ensinaria nítida confusão com a figura do dirigente, ou seja, haveria um inevitável conflito de interesses, desnaturando a própria essência do *compliance*.

Por conseguinte, uma vez que não possui (e não deve possuir) função executiva, o que se questiona é qual o fator que fundamentaria a posição de garante do *compliance officer*. Estar-se-ia tal posição amparada na mera delegação da função de vigilante do dirigente para o agente de *compliance*?

De acordo com Lobo da Costa e Coelho Araújo (2014, p. 226), o *compliance officer* não assume o dever de evitar a prática de crimes no bojo corporativo, mas sim, frise-se, a de “estabelecer regras, fiscalizar sua aplicação e comunicar eventuais problemas àqueles que detém, na empresa, os poderes de administração”. Com isso, concluem que não se pode, automaticamente, extrair sua posição de garante.

Por sua vez, Estellita, amparando-se nas lições de Schünemann e de Schrott, entende que o *compliance officer* assume posição de garantidor, pois possui uma vantagem informacional sobre as fontes de perigo/risco da empresa. Em suas palavras:

[...] Pretender negar a posição de garantidor do CO porque ele não teria poder diretivo sobre outros empregados ou mesmo sobre a empresa expressaria visão acanhada e formalista. O fundamento dessa posição de garantidor é o exercício sobre uma fonte de perigo e é irrelevante, sob o ponto de vista do bem jurídico ameaçado, se o garantidor controla a

fonte de perigo como titular jurídico de uma competência de dar ordens ou puramente em função de sua vantagem de informação (HESTELLITA, 2020, p.100-101).⁴

Desse modo, o fato do agente de *compliance* deter o controle de informações relevantes sobre os riscos mais acentuados da atividade empresarial compensaria o fato de não ter o poder de intervenção direta, ou seja, o de agir para evitar o resultado (FRAGOSO, 2021, p. 163).

Reconhece-se, portanto, uma posição jurídica especial do *compliance officer* em razão da vantagem informacional que possui, uma vez que, conforme dito, “tem o poder-(dever) de recolher informação sobre o risco de ocorrência de resultados lesivos produzidos a partir da atividade empresarial” (GERALDO, 2018, p. 286). Não por outra razão, lhe é concentrado informações sensíveis, que se comunicadas a tempo aos dirigentes poderiam estes tomar medidas aptas a evitar o resultado.

Assim sendo, já se pode inferir que a sua posição de garante não deve ser decorrência automática da delegação de função de vigilância do dirigente para o *compliance officer*, mas sim, frise-se, da possibilidade de o resultado ter sido evitado caso tivesse cumprido seu dever de informação e de diagnóstico. E isso porque, em razão desse controle informacional, detém “uma parte do controle sobre a fonte de perigo”. Nesse sentido, “a ausência de um poder diretivo ou de tomar decisões por parte do CO não afeta sua posição de garantidor, mas limitará o conteúdo do seu dever concreto de agir em função de sua possibilidade jurídica de atuação” (ESTELLITA, 2017, p. 222-223).

⁴ A abreviação “CO”, utilizada pela autora, refere-se a “*compliance officer*”.

A limitação da função do agente de *compliance* ao repasse de informação à administração, constitui o que Lafuente denomina de “garante complementar”, em virtude de uma delegação parcial de tarefas que, em suma, faz com que assuma o dever de informação e de monitoramento, mas não o poder de tomar decisões⁵. Compartilhando desse mesmo posicionamento, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 148-149) pontuam que “o papel de garante assumido por delegação por parte do *compliance officer* não é total”, mas sim limitado, visto que “não dispõe de faculdades executivas, nem assume, de outro modo, a obrigação de impedir delitos quaisquer”.

É diante dessa perspectiva que a responsabilidade penal do *compliance officer* tem ganhado destaque. Nesse aspecto, o cerne reside em verificar se sua omissão imprópria foi ou não penalmente relevante para o resultado. Em outras palavras, partindo do pressuposto de que o *compliance officer* pode assumir a posição de garante, haverá, então, fundamento para analisar sua responsabilidade por omissão imprópria, o que envolverá, num cenário de omissões sucessivas, a análise da causalidade e da imputação objetiva do resultado (ESTELLITA, 2017, p. 223-224).

Conforme se verá, essas questões de cunho dogmático não são debatidas com o devido rigor dogmático por parte dos Tribunais

⁵ “El compliance officer tendrá por lo tanto el deber de supervisar el funcionamiento del modelo de compliance penal y de controlar los focos de peligro en él identificados, pero si no se le delegan las funciones específicas del derecho de corrección, que incluyan la posibilidad de poder suspender, resolver o anular cualquier tipo de acto que considere que es constitutivo de delito, no podrá ser considerado, en mi opinión, como un garante completo cuya obligación sea impedir o evitar delitos. Por esta razón opto por calificarlo como garante complementario pues ha adoptado un deber de vigilancia y supervisión, y tiene la potestad suficiente para llevar a cabo esa labor, pero carece del poder necesario para evitar, por sí mismo, la comisión de un delito en la empresa” (LAFUENTE, 2019, p. 65).

Superiores (nacionais e internacionais), os quais parecem atribuir responsabilidade criminal ao *compliance officers* em função da importância do cargo que ocupam.

3. A posição de garante do *compliance officer* na Ação Penal 470 e no *Obiter Dictum* do BGH

No Brasil, pode-se dizer que a discussão a respeito da responsabilidade penal do *compliance officer* tem seu marco, em 2012, com o julgamento da Ação Penal 470/MG, por meio da qual foram julgados o Diretor de Controle e *compliance* (Vinicius Samarane) e a Vice-Presidente (Ayanna Tenório) do Comitê de Prevenção à lavagem e *compliance* do Banco Rural, sendo apenas o primeiro condenado pelo crime de gestão fraudulenta e pelo crime de lavagem de dinheiro.

O embasamento para a condenação do Diretor de Controle e *compliance* foi a omissão imprópria, uma vez que infringiu o seu dever de vigilância e controle do Banco Rural, além de ter dolosamente consentido com práticas fraudulentas, deixando de constar nos relatórios específicos as irregularidades observadas⁶. No entanto, o

⁶ Segundo o ministro Ayres Britto, houve uma “deliberada omissão, pois o testemunho de [...], associado ao que consta dos laudos e dos processos do Banco Central, me permite concluir que [...] tinha total ciência das ilicitudes engendradas na gestão do Banco [...]. Ilicitudes que, para além da aprovação e das sucessivas renovações dos mútuos (reafirmo, em desacordo com pareceres técnicos do Comitê de Crédito do Banco) [...], alcançavam cadastro de clientes, atualização dos respectivos cadastros, adulteração de registros contábeis, ocultação documentos etc. Tudo a atrair a regra que se extrai do inciso I do § 2º do artigo 13 do Código Penal, na medida em que esse acusado conhecia as operações ilícitas e tinha a obrigação legal e estatutária de impedir a ocorrência do resultado. No mesmo sentido, foi o voto proferido pelo ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2012, p. 2910)

acordão (de mais de 2000 páginas) não tece maiores questionamentos sobre a dogmática penal dos crimes comissivos por omissão, procurando responsabilizar o *compliance officer* como coator dos crimes praticados pela alta direção, com base no art. 29 do Código Penal⁷.

Assim, não traz maiores considerações a respeito do instituto da omissão imprópria; quando muito, faz menção ao artigo 13, §2º do Código Penal sem indicar qual das alíneas justificaria tal imputação. Sob esse ponto de vista destaca-se que:

[...] apesar de os elementos terem se apresentado e sido objeto de questionamento, o STF não se valeu, mais marcada- mente, da dogmática penal dos crimes comissivos por omissão para sua análise. Não se vislumbra, nos votos e nas discussões havidas, menções à configuração dessa estrutura delitiva, tampouco exame de seus componentes acima arrolados – a impressão que se tem, a partir da leitura, é que os votos se construíram de modo mais intuitivo. Diante disso, deve-se lamentar que o tribunal não tenha feito uso de uma

⁷ Em relação ao réu Vinicius, o Ministro Celso De Mello entendeu que ele agiu em coautoria com os demais integrantes da alta direção. [...] “produzindo peças enganosas e procedendo a incorretas classificações de risco, tendo adotado medidas para frustrar a função fiscalizadora do Banco Central, além de haver praticado de modo consciente e voluntário outros atos que convergiram no sentido de conferir operacionalidade aos desígnios criminosos dos agentes, unidos por um propósito específico. Tudo isso permite reconhecer, a meu juízo, a sua condição de coautor do fato criminoso” (MINISTRO CELSO DE MELLO vota pela condenação de três dirigentes do Banco Rural e absolve Ayanna Tenório. Portal STF. Disponível em: <http://m.stt.gov.br/portal/noticia/ver/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217450>).

ferramenta que vem sendo acurada ao longo de décadas de discussões pela doutrina penal e que visa, justamente, tentar conferir maior rigor e segurança jurídica às decisões, sobretudo em um caso complexo como esse” (DA COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 228-229

Nesse sentido, as seguintes indagações ficam pendente de esclarecimentos:

[...] qual é o fundamento material da posição de garantidor no caso em exame, a fim de que se afirme que ele tinha o dever de impedir os acontecimentos típicos objeto de julgamento, nos termos do artigo 13, §2º, do Código Penal? Basta o mero conhecimento de uma situação típica para se afirmar responsabilidade penal por omissão imprópria? Havia capacidade físico-real de realizar a ação esperada, bem como era ela juridicamente possível? De que forma a realização das condutas omitidas, descritas na denúncia, e reconhecidas no acórdão, teriam interferido, causalmente, para evitação dos referidos acontecimentos típicos? Em se tratando, aparentemente, de estruturas verticais de responsabilidade, qual é a razão para não ter se responsabilizado o *compliance officer* subordinado ao condenado e o seu superior? (NASCIMENTO, 2018, p. 288-289).

Talvez, a discussão mais relevante seja aquela travada entre o relator e revisor, quando discutem se o réu (Vinicius) detinha ou não o poder de impedir a concessão de empréstimos fraudulentos, eis que o relator, então, pontua que: se não tinha o poder de impedir, tinha, ao menos, o dever de alertar. De todo modo, o que se entendeu é que o réu acumulava os de cargos de Diretor Executivo (ainda que não estatutário) e de Diretor de *compliance*⁸.

Ocorre que, como já apontado, a função de *compliance officer* não deve acumular cargos que tenham poder de tomada de decisões, sendo, justamente, essa a situação em que a possível posição de garante merece maior cautela. E isso porque, após o julgamento da AP 470, há decisão por parte dos Tribunais Superiores (STJ), no sentido de que o *compliance officer* é aquele que assume, via delegação, a responsabilidade pela evitação do resultado (como se administrador fosse)⁹.

Em situação próxima à verificada, Saavedra (2011, p.11-12) – ao tratar da decisão proferida, em 2009, em sede de *Obiter Dictum*, por parte do Suprema Corte alemã (BGH), – já alertava para o risco de que o descumprimento dos deveres de *compliance* fossem associados à posição de garante. Por sua vez, Planas (2021, p. 248) adverte que, a

⁸ Esse trecho do voto pode ser mais facilmente encontrado em: DA COSTA; ARAÚJO COELHO, 2014, p. 220.

⁹ Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão monocrática: [...] “o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: *compliance officer* ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontre nessa posição faz 'vista grossa' e 'ouvidos de mercador', viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo: Agravo em Recurso Especial nº 785584; Relator: Ministro NEFI CORDEIRO; Data da publicação: 05/09/2017.).

partir desse *Obiter Dictum*, tão logo se desempenhe as funções de *compliance officer*, recebe-se, de forma automática, a delegação dos deveres de vigilância e controle, assumindo a posição de garante a respeito aos delitos que vierem a ser cometidos na empresa.

Além dessa visão desestimular a figura do *compliance officer*, posto que, cedo ou tarde, estaria ocupando o banco dos réus; também ignora, do ponto de vista dogmático, que fixar a posição de garante (se podia e devia agir para evitar o resultado) é apenas o primeiro passo para atribuir um resultado típico em função de uma omissão penalmente relevante. E isso porque, no campo dos crimes omissivos impróprios, é preciso ter em mente ter em mente que:

[...] a posição de garante é apenas um dos elementos para que seja possível a imputação de um resultado a título omissivo impróprio, devendo ser acompanhado de uma situação típica, a capacidade físico-cognitiva de agir, o nexó de causalidade normativo, verificado a partir da violação de um dever de cuidado, em aplicação da teoria da imputação objetiva (FLORENCIO FILHO; CAMARGO ARANHA, 2018, p. 202).

Desse modo, assumindo que o *compliance officer* (com poder de direção) deve responder da mesma maneira que o executivo (garante originário), resta, então, verificar quando a omissão do *compliance officer* (sem poder de direção ou tomada de decisão) pode ser considerada como penalmente relevante. Aspecto esse que, inevitavelmente, ganha a devida relevância no contexto das omissões sucessivas.

4. A caracterização da omissão penalmente relevante do *compliance officer*

Quando se fala em omissão imprópria ou omissão penalmente relevante, para além da capacidade físico-cognitiva de agir, necessário analisar o nexo de causalidade entre a omissão e o resultado ocorrido¹⁰. Não se trata de uma causalidade naturalística, mas normativa que “terá de ser analisada sempre de modo hipotético e probabilístico” (DA COSTA; ARAÚJO COELHO, 2014, p.228). Em outros termos, “deve ser acrescentada hipoteticamente a ação esperada para se concluir se ela teria evitado o resultado típico com probabilidade próxima da segurança ou da certeza” (NASCIMENTO, 2018, p. 339).

Nessa linha, acrescenta-se a questão das omissões sucessivas, isto é, de um encadeamento de omissões, de modo que a evitação do resultado típico depende da atuação de mais de um garante, o que leva a seguinte indagação: “se o obrigado a fazer o diagnóstico e a comunicação (o CO) tivesse atuado em conformidade com seus deveres, teria o destinatário da informação, por seu turno, agido também em conformidade com seus deveres e o resultado típico teria sido evitado” (ESTELLITA, 2020, p. 108).

Essa comprovação não é tarefa das mais fáceis, contudo, se mostra imprescindível sob o enfoque da tipicidade objetiva: do juízo de causalidade e da imputação do resultado. Em sendo assim, o que se discute, atualmente, é se o deixar de informar uma informação

¹⁰ “A omissão imprópria é aquela por meio da qual se imputa um tipo penal comissivo (de ação) àquele que se omite, como se ele tivesse causado positivamente o resultado ou o risco previsto na norma” [...] “A omissão de manter o risco dentro destes parâmetros ou de restituí-lo a estes níveis implica a responsabilidade pelo resultado a título de omissão imprópria” (BOTTINI, 2020, parte 1 e 3).

relevante – em razão de uma atuação negligente ou, até mesmo em função de um dolo eventual, por parte do *compliance officer* – tem ou não relevância penal¹¹.

A título meramente exemplificativo, Araújo (2020, seminário) traz à baila o seguinte caso hipotético: Imagine que o *compliance officer* percebe que irá ser pago 90 mil para uma empresa que ainda não fez o serviço. Depois de alguns dias, paga-se essa empresa e descobre-se que o pagamento foi a título de propina. Nesse exemplo, o *compliance officer* não informou o executivo dessa operação (foi dispendioso) e não saberia se esse valor deveria ou não ser pago (competência do executivo)¹².

É diante desse contexto que tem sido enfrentado a responsabilização penal do *compliance officer* por falta de reporte de comunicação ou de monitoramento/diagnóstico “após o conhecimento (indiciário) de um crime instante ou em execução” (GERALDO, 2018, p. 298). Noutros dizeres, sua omissão tem de se referir a um delito que ainda não foi cometido, ou a um delito que, ainda que já consumado, haja risco de continuidade delitiva (NASCIMENTO, 2018, p. 323-324).

A doutrina alemã – destaca-se, aqui, a proposta de Schroot¹³ – tem se debruçado sobre essa questão, sugerindo que, num primeiro momento, seja analisado as atribuições normativas, ou seja, o “*job description*” (matriz de responsabilidade) do *compliance officer*,

¹¹ De outro lado, se o *compliance officer* deliberadamente se omite a fim de que o crime seja praticado, o nexo de causalidade normativo estará mais do que evidenciado.

¹² Exemplo extraído do seminário Permanente de Direito Penal Empresarial e Comparado, realizado em 02/09/2020 e ministrado pela Dra. Marina Pinhão Coelho Araújo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KXc8X-QdRiI>> Acesso em: 12. Out, 2022

¹³ Para uma leitura mais aprofundada quanto a concepção desse autor alemão, vide: ESTELLITA, 2020, p. 105-109.

a fim de que, posteriormente, proceda-se ao exame empírico da teoria da evitabilidade.

Segundo referida proposta, a atribuição normativa ao *compliance officer* decorre de sua *superior expertise* (sobre a fonte de perigo) que deve vir prevista em seu contrato de trabalho, a partir do qual se verifica os limites de sua responsabilidade na organização¹⁴. Dessa forma, um critério excludente de sua responsabilidade se dá quando a alta administração acaba obtendo a informação sensível por outros meios, antes mesmo do *compliance officer* ter o conhecimento dessa informação¹⁵.

A informação omitida perde todo seu sentido para a evitação do resultado quando tal informação nada acrescenta ao conhecimento que já tem aquele deve receber tal informação. Se, porém, o destinatário da informação acaba recebendo por outro meio quando já surgiu o dever de agir para o CO central ou para o CO descentralizado e permanece, mesmo assim, inativo quanto à conduta devida para evitar o resultado, esse dado concreto será relevante para a etapa seguinte, a do exame empírico da evitabilidade (ESTELLITA, 2020, p. 106).

Ao que se parece, a teoria da evitabilidade distingue-se, em parte, da teoria do incremento do risco de Roxin, mais conhecida como

¹⁴ É válido apontar que o *job description* deve ser condizente com a assunção fática (e não meramente formal) dos deveres assumidos, sob pena de comprometer a análise a respeito de sua possibilidade real de agir.

¹⁵ Essa concepção se mostra relevante, na medida em que evidencia que aos membros da direção não devem ficar esperando que as informações cheguem até si mesmos “via *compliance officer*”.

teoria da imputação objetiva. E isso porque, em apertada síntese, a teoria da imputação objetiva reúne três critérios de imputação, quais sejam: (i) criação ou incremento de um risco proibido e relevante; (ii) produção desse risco no resultado e (iii) resultado incluído no alcance (esfera de proteção) do tipo penal (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 269-279).

Com isso, a teoria da evitabilidade parece substituir apenas o primeiro critério da teoria do incremento do risco, mantendo-se os demais. Ou seja, diferenciando-se desta no que tange a maior ênfase conferida a critérios empíricos, por meio dos quais se busca verificar se a ação esperada, quando possível, teria evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. De modo didático, tem-se que:

Em oposição à teoria da evitabilidade encontra-se, assim, a teoria da diminuição do risco. Essa teoria defende que a solução adequada para solucionar a imputação do resultado ao comportamento omissivo deverá ocorrer quando comprovado que a ação esperada omitida teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico. O que importa para a imputação da omissão imprópria, com base nessa teoria, não é que a ação esperada evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza, mas, sim, que tenha ela criado uma chance de salvamento para o bem jurídico (NASCIMENTO, 2018, p. 329).

De acordo com Fragoso (2021, p.210), a adoção da teoria da evitabilidade é relevante, na medida em que permite verificar, através de experiências anteriores análogas ao caso concreto, a tendência da

posição a ser adotada pela Alta Direção, a fim de que se possa aferir a responsabilidade penal do *compliance officer* na omissão da comunicação.

Vale dizer, com base nessa teoria, “o *exame empírico da evitabilidade* evita uma fundamentação da imputação do resultado com bases em decisões puramente normativas, assentando-se também em bases empíricas” (ESTELLITA, 2020, p. 108). Bases essas que permitem melhor verificar se, caso o *compliance officer* tivesse cumprido seus deveres, sobretudo o de informar a alta cúpula, esta teria (com probabilidade próxima da certeza) cumprido com seu dever de intervenção a ponto de evitar o resultado típico.

Trata-se de uma análise que, conforme dito, recai sobre o juízo hipotético e probabilístico da causalidade normativa. Nesse sentido, destaca-se entendimento de Tavares, para quem:

[...] Em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inocorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico (TAVARES, 2012, p. 368).

Assim, além dos critérios normativos (estrutura de seus deveres e controle fático sobre a fonte de perigo)¹⁶, há de se verificar

¹⁶ [...] “poderíamos afirmar que a expertise e a estrutura do *compliance officer* seriam considerados como elementos integrantes da tipicidade objetiva da omissão imprópria: a capacidade física real de agir, devendo ser admitido que um *compliance officer* num setor desestruturado e sem apoio de recursos por parte da Alta Direção,

se os critérios empíricos, diretamente relacionados ao caso concreto, permitem verificar que, mesmo que o *compliance officer* tivesse cumprido com seus deveres, a Alta Direção praticaria ou não a ação devida para neutralizar o perigo.

Essa análise deve ser realizada a partir circunstâncias extraídas do fato concreto “com poder de empiricamente afastar a inevitabilidade” (ESTELLITA, 2017, p. 283-284). De maneira geral, deve ser verificado o histórico dos dirigentes em relação a realização da ação devida/esperada, considerando as informações recebidas, não muito distante no tempo, referentes ao mesmo evento típico (FRAGOSO, 2021, p. 188). Nesse aspecto, não se pode ignorar que os dirigentes nem sempre tomam decisões em conformidade com seus deveres quando estão, por exemplo, sob pressão da concorrência no mercado econômico.

Dessa forma, o *compliance officer* não será responsabilizado se, conquanto tenha se omitido em seu dever de obter informações sobre as situações de perigo, fique evidenciado que a Alta Direção não realizaria a ação devida para evitar o resultado típico. Em termos práticos, esse exame empírico serve como controle para a expansão incontrolada da responsabilidade penal do agente de *compliance*.

5. Conclusão

O ato de delegação, via previsão em estatuto ou contrato de trabalho, não possui, por si só, o condão de fundamentar

não teria como atuar efetivamente na gestão, e na operação do sistema de gestão de *compliance*, bem como de atribuir ao *compliance officer* responsabilidades no âmbito normativo” (FRAGOSO, 2021, p. 187). No mesmo sentido, vide: SILVEIRA, 2020, p. 243.

materialmente a posição de garante do *compliance officer*. Nesse sentido, para que o agente de *compliance* assuma essa posição de garante, necessário que detenha parcela de controle sua fonte de perigo em razão das informações que tenha acesso. Assim, conquanto não possua o dever de agir para evitar o resultado, possui um controle parcial sobre a fonte de perigo, o que, para Heloisa Estellita, Renato Silveira, Saad-Diniz, Fragoso, assenta-se como suficiente para colocá-lo numa posição de garantidor.

Ademais, entende-se também ser necessário que seus deveres de detecção, monitoramento e transmissão de informações em relação aos riscos e procedimentos estejam previstos em lei, tal como faz, por exemplo, a Lei de Lavagem de Dinheiro¹⁷. Sendo assim, a mera previsão no contrato de trabalho a respeito das funções do *compliance officer* não parece ser suficiente para fundamentar a posição de garante¹⁸. Sem essa regulamentação legal quanto ao que fazer de posse dessa informação não será possível afirmar com clareza seu papel de garante.

¹⁷ De acordo com Estellita (2017, p. 211-212), a Lei nº 9. 613/ 1998 é o único diploma legal que prevê deveres ao agente de *compliance*. Dentre tais deveres, destaca-se: o de comunicar operações suspeitas, dever de manter o registro de todas as transações que ultrapasse determinado valor; dever de identificação dos clientes; dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos (art. 10 e 11).

¹⁸ Esse é o entendimento de Araújo (2020, seminário) e também de Sarcedo (2016, p. 56), para quem: a falta de definição legal a respeito das obrigações legais atribuídas ao *compliance officer* ocasionam à primeira vista dificuldade para colocá-lo na posição de garante. Em sentido semelhante, Rotsch (2022, p. 315) aponta que: [...] “de acuerdo a la configuración del contrato de trabajo, el encargado de cumplimiento también puede encontrarse en una posición especialmente destacada respecto del bien jurídico amenazado. No obstante, este simple contrato de trabajo es insuficiente, ya que no cumple sin más com los requisitos penales relevantes”.

Seguindo essa linha de pensamento, a resposta para a indagação formulada a respeito da situação do *compliance officer* responder a título de garante no caso de delito de corrupção não seria possível, uma vez que não há na Lei Anticorrupção deveres expressos destinados a sua pessoa, (diferentemente do que ocorre com a Lei de Lavagem).

De todo modo, uma vez configurada sua função de garante (o que requer previsão legal a respeito de seus deveres e controle fático sobre parcela da fonte de perigo), verificou-se, ademais, que sua responsabilização não é automática, sendo necessário a demonstração da relevância penal de sua omissão para o deslinde do crime.

É justamente diante desse aspecto que tem ganhado destaque a teoria da evitabilidade, uma vez que , no âmbito das omissões sucessivas e da causalidade normativa, pretende conferir critérios empíricos, a fim de se verificar, com probabilidade próxima da certeza, se, caso o *compliance officer* tivesse cumprido com seus deveres, teriam os dirigentes (destinatários da informação) cumprido com seu dever de intervenção a ponto de evitar o resultado típico. Busca-se estabelecer a tendência da possível atuação da Alta Direção, com base em suas experiências pretéritas e análogas, caso o agente de *compliance* tivesse cumprido com seu dever de informar.

Assim, se as análises empíricas demonstrarem que o resultado típico seria o mesmo de que caso o *compliance officer* tivesse cumprido com seus deveres, então, haverá uma quebra do rompimento do nexa causal hipotético, razão pela qual estrará isento de responsabilidade. Por outro lado, se os critérios empíricos apontarem (com uma probabilidade próxima da certeza) que o resultado típico não teria acontecido, então, caracterizado está o nexa de causalidade, permitindo-se a imputação objetiva da omissão imprópria ao *compliance officer*.

Posto isso, o que se observa é que uma roupagem dissociada de critérios dogmáticos para a imputação de responsabilidade penal ao *compliance officer* gerará um desestímulo aqueles que desejam ocupar tal função, além de caracterizar uma responsabilidade penal objetiva ao desconsiderar os pressupostos jurídico-penais necessários para a imputação da omissão penalmente relevante.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Critérios para imputação de responsabilidade penal ao Compliance Officer. In. *Seminário Permanente de Direito Penal Empresarial e Comparado*, realizado em 02/09/2020, via plataforma Zoom. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KXc8X-QdRiI>> Acesso em: 12. Out, 2022.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011. Monografias Aranzadi de Derecho Penal.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O estranho e fascinante crime omissivo impróprio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>> Acesso em: 20. Nov. 2022

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470, inteiro teor*, 2012, p. 2910. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo932.htm>>. Acesso em: 07 dez.2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo: Agravo em Recurso Especial nº 785584; Relator: Ministro NEFI CORDEIRO; Data da publicação: 05/09/2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22COMPLIA>

NCE+OFFICER%22&b=DTXT&p=true&tp=T> Acesso em: 07 dez.2022.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. Causalidade na omissão: um panorama dos problemas das omissões paralelas e sucessivas na criminalidade de empresa. In. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.] *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. 1 reimp. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

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

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; CAMARGO ARANHA, Rodrigo. Responsabilidade penal dos dirigentes: desafios do Direito penal e equilíbrio no combate à corrupção. In.. NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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

GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coords.) *Estudos sobre Law enforcement, Compliance e Direito penal*. Coimbra. 2 Ed. Almedina. 2018.

- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LAFUENTE, Alfredo Liñán. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- LASCURAÍN, Juan Antonio. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. In. NIETO MARTÍN, Adán (Org. et al.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- NASCIMENTO, Philippe Alves do. *O papel do compliance officer e a relevância penal da omissão*. São Paulo; USP / Faculdade de Direito, 2018.318f. + anexos.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. O "compliance officer" frente ao direito penal. In. *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal económico*. Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: 'Plácido, 2016. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, V. 6).
- ROTSCH, Thomas. *Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades. In. NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. In. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. (Col. Ciência Criminal Contemporânea, v. 5).

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

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.