

## ARTIGOS

# Compliance officer pode cometer crime por omissão

Responsável por empresas é passível de punição se ‘devia e podia agir para evitar o resultado’

Leonardo Salgueiro

03/01/2018 – 14:31



Crédito: Pixabay

COMPLIANCE | COMPLIANCE OFFICER | CRIME

**E**m que pese o *compliance* ter ganhado grande atenção da área jurídica, até mesmo pelo grande número de promulgações de leis sobre o tema nos últimos anos<sup>1</sup>, contraditoriamente, ainda não há um consenso sobre a sua aplicação na seara penal. Embora tenha surgido no campo financeiro, é inegável que hoje (em especial, após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal n.º 470, o “Mensalão”) o *compliance* se expandiu para diversos ramos do dia a dia empresarial, inclusive para o Direito Penal Econômico, como forma principal de prevenir a prática de atos ilícitos e de auxiliar na identificação dos responsáveis por estes atos, sejam eles dirigentes ou funcionários.

Levantamento da Revista Análise Advocacia 2017 com diretores jurídicos de 1800 empresas brasileiras de grande porte aponta que a criação de departamentos de *compliance* se tornou uma tendência nos últimos anos, em especial pela promulgação das Leis n.º 12.683/2012 e 12.846/2013 e da Operação Lava Jato. Segundo a enquete, sete em cada dez empresas passaram a ter uma área de *compliance*.

Os modelos variam de empresa para empresa, mas o objetivo central é o mesmo: adotar medidas preventivas para controlar os riscos produzidos pela atividade empresarial e construir cadeias de responsabilidade, que facilitem a identificação dos responsáveis por condutas irregulares – que também podem ser criminosas.

Para isso, é importante que o setor de *compliance* crie códigos de conduta e procedimentos internos que gerem expectativa de comportamento por parte dos funcionários e dirigentes, bem como realize treinamentos periódicos com funcionários e administradores das empresas, para dar efetividade ao programa, e fiscalize se os padrões de comportamento estão sendo seguidos.

A legislação brasileira não prevê crime específico pelo mero descumprimento dos deveres de *compliance*, o que impede a responsabilização do *compliance officer* (encarregado de implantar as regras de conformidade) por omissão própria. Assim, tratando-se de crime omissivo, o *compliance officer* só poderá ser punido através da figura da omissão imprópria, conforme o art. 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” do Código Penal<sup>2</sup>.

Os crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão) consistem em alcançar um resultado ativo, definido como crime, através da omissão, ou seja, o agente pratica um crime comissivo por meio de um “não-fazer”, quando tem o dever jurídico de impedir o resultado.

Segundo o art. 13, § 2º do Código Penal, o indivíduo só assume a posição de garantidor quando “*devia e podia agir para evitar o resultado*”. A lei penal condiciona a qualidade de garantidor à possibilidade de atuação (poder de agir) e ao dever de atuação (dever de agir), que está taxativamente previsto no § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” do art. 13 do CP. Neste texto, será analisado apenas a assunção da responsabilidade de impedir o resultado, prevista no art. 13, § 2º, “b” do Código Penal.

Este artigo dispõe que o dever de agir para impedir a ocorrência do resultado incumbe a quem tenha assumido a responsabilidade de impedi-lo. Em âmbito empresarial, a posição de garante do *compliance officer* vem através da delegação dos poderes de vigilância e supervisão que originariamente possui o empresário, pois é ele que possui o dever originário de cumprimento da legislação que rege a atividade<sup>3</sup>.

Essa assunção, em tese, pode ser formal ou não, mas no caso de *compliance officer* é extremamente recomendável que haja contrato escrito, no qual constem, expressamente, todos os seus poderes, deveres, atribuições e responsabilidades de proteção, pois a sua responsabilização estará condicionada às atribuições que tenha assumido concretamente<sup>4</sup>.

O *compliance officer* passa a ser o garante imediato, podendo ser responsabilizado por fatos praticados por outros em seu âmbito de atuação.

Entretanto é importante destacar que, em geral, o *compliance officer* não possui poder de mando, de modo que não assume o dever de diretamente impedir a prática de crimes dentro da empresa. Nesses casos, a sua função é de criar normas, meios para fiscalizar seu cumprimento e canais para reportar internamente as ilicitudes constatadas a quem tenha esse poder.

Nesse sentido, COSTA e ARAÚJO destacam que o “*dever de evitação – no que se refere a práticas criminosas da administração – somente pode ser assumido nas hipóteses, em que o compliance officer tenha capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores*”<sup>5</sup>.

Com relação aos atos ilícitos praticados por subordinados, o *compliance officer* deve cooperar para impedir que crimes sejam praticados ao comunicar irregulares apuradas, em seu âmbito de atuação, ao Conselho de Administração<sup>6</sup>. Essa capacidade de comunicação é apta a impedir a ocorrência do resultado, o que faz com que o *compliance officer* figure, efetivamente, como agente garantidor.

Entretanto o *compliance officer* será exonerado de qualquer responsabilidade se identificar a ocorrência de crimes praticados no âmbito de sua competência funcional e informá-los a seus superiores, ainda que estes permaneçam inertes<sup>7</sup>, pois terá feito todo o possível para evitar o resultado.

No caso de atos praticados por superiores hierárquicos, para que o *compliance officer* possa assumir a posição de agente garantidor, é indispensável que este tenha poder de veto, de impedir os atos praticados pelos superiores ou, então, o dever de reportar os atos praticados pela administração da filial à matriz, que deve ter poder de veto ou de impedir a prática dos atos comunicados pelo *compliance officer*<sup>8</sup>.

Em suma, não basta que a delegação das funções tenha sido feita de maneira formal, mas também que, na prática, o *compliance officer* tenha efetivamente assumido estes deveres/obrigações, e que possua todos os recursos possíveis para desempenhá-las, pois a capacidade de agir para impedir a ocorrência do resultado é condição essencial para a sua responsabilização.

1<sup>□</sup> Legislação sobre o compliance: Lei n.º 9.613/98, posteriormente alterada pela Lei n.º 12.683/2012, 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, o Decreto n.º 8420/2015 dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública – e a Lei n.º 13.303/2016 – dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

2<sup>□</sup> Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a. Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b. de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado
- c. com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

3<sup>□</sup> SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem em *Compliance* e Direito Penal. In: DAVID, Décio Franco (org.). *Compliance* e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 174.

4<sup>□</sup> CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, n. 280, mar. 2014.

5<sup>□</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470 em Direito penal e processo penal: leis penais especiais I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (coleção doutrinas essenciais v. 4), p. 878.

6<sup>□</sup> Ibidem, p. 878.

7<sup>□</sup> LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da Responsabilidade Criminal do *Compliance Officer*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, n. 284, jul. 2016.

8<sup>□</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470 em Direito penal e processo penal: leis penais especiais I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (coleção doutrinas essenciais v. 4), p. 878.

---

**Leonardo Salgueiro** – Advogado do Frago Advogados

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.