



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* E A LEI DE COMBATE À
CORRUPÇÃO

Carlos Donato de Azevedo Furtado

Rio de Janeiro
2019

CARLOS DONATO DE AZEVEDO FURTADO

A RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* E A LEI DE COMBATE À
CORRUPÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* E A LEI DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Carlos Donato de Azevedo Furtado

Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fundação Oswaldo Aranha – UNIFOA.

Resumo - O presente artigo analisa a responsabilização do *compliance officer* e a lei de combate a corrupção nas empresas. O assunto escolhido é extremamente controverso e relevante no desenvolvimento de medidas de combate à corrupção no setor público e privado. O *compliance officer* é responsável pela implementação de um programa de governança corporativa nas empresas e, devido à extensão de suas atribuições, interferindo em todas as esferas econômicas da empresa, surge a necessidade de se verificar a dimensão dessa capacidade de interferência em eventuais infrações, com o fito de se evitar a implementação de um compliance de fachada ou não compliance. Pode-se afirmar que o combate à corrupção no setor público e privado tem ganhado força com as descobertas recentes de corrupção no cenário político nacional.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Administrativo. Lei Anticorrupção. Combate à Corrupção nas Empresas. Compliance. Responsabilidade Subjetiva.

Sumário – Introdução. 1. O que é o *compliance* e os exatos deveres de um *compliance officer*. 2. A condição do *compliance officer* como garante ou não da medida de combate ao *compliance* de fachada. 3. A necessidade de delimitação da responsabilidade do *compliance officer* como forma de se evitar a responsabilidade penal objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de discutir o instituto do *Compliance* como instrumento de governança corporativa. Na presente pesquisa, é demonstrado como o programa de *compliance* pode ser utilizado como um mecanismo capaz de evitar a prática de atos ilícitos e contribuir no combate a corrupção e a fraude.

A *compliance* corporativa é, em apertada síntese, o ato de se adequar, cumprir e obedecer a um regramento de comportamento institucional. Essa forma de comportamento institucional ganhou força nos Estados Unidos da América e na Inglaterra com a edição de leis que passaram a exigir das empresas um programa geral de adequação de suas normas e práticas a determinados marcos normativos referentes ao setor que desempenham suas atividades. Essas leis serviram de inspiração para o Brasil, culminando na edição da Lei nº 12.846/2013 que dispõe sobre as medidas legais de combate à corrupção.

No mundo empresarial contemporâneo, é imprescindível que se faça uma avaliação e aperfeiçoamento das boas práticas de gestão para se promover um crescimento sustentável das sociedades empresárias. Desse modo, é possível encontrar um equilíbrio entre as necessidades da organização e as práticas mais vantajosas para o mercado. E é nesse contexto que surge a importância do *compliance*, uma vez que se trata de uma política institucional que traz, em última análise, a credibilidade na organização para cumprir regras, fato que certamente impulsiona os negócios institucionais.

Contudo, apesar da inegável importância do *compliance* para garantir, resgatar e promover a credibilidade sobre determinada organização, pouco se tem trabalhado no Brasil o *compliance* como um meio de criação de mecanismos capazes de evitar a prática de atos ilícitos, o combate à corrupção e a fraude.

Assim, o instituto do *compliance* surge como um grande mecanismo não só para os operadores do direito, mas também para empresários, administradores e todos aqueles que, de alguma maneira, pretendem instalar esse método preventivo de combate a toda sorte de ilícitos, notadamente aqueles relacionados à corrupção envolvendo corporações. Para tanto, no primeiro capítulo será feita uma breve apresentação do instituto *compliance*, explicando o conceito e a sua origem, e o desenvolvimento das funções do compliance officer no combate preventivo à fraude e a corrupção. Procura-se, também, mostrar sua natureza jurídica e, a base constitucional de sua existência.

No segundo capítulo, serão trabalhados os riscos da implementação de um sistema de *compliance* falso, abordando se o comportamento das instituições está adequado aos princípios, aos valores morais e éticos, bem como se as políticas adotadas atendem às expectativas de coibir a prática de atos ilícitos.

Por fim, no terceiro capítulo será discutida a maneabilidade de se instituir regras definitivas sobre a responsabilidade penal do profissional de *compliance* nas organizações, e a criação de mecanismos eficazes de prevenção às práticas de atos ilícitos perpetrados no núcleo das sociedades empresariais, abordando o comprometimento da administração da corporação com o desenvolvimento de um sistema de compliance eficaz.

O trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativa, com a utilização de artigos acadêmicos que tratam da importância da *compliance* para as organizações.

1. O QUE É O *COMPLIANCE* E OS EXATOS DEVERES DE UM *COMPLIANCE OFFICER*

O *compliance* significa um estado de conformidade com as normas internas e externas de uma pessoa jurídica, por meio de esforços sistemáticos que visam basicamente a prevenir, detectar e responder a possíveis desvios entre normas estabelecidas e a prática na conduta da organização.

Assim, o *compliance* pode ser definido então como conjunto de ações e planos adotados por uma pessoa jurídica, com o escopo de se garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar fraudes e atos de corrupção em geral, e punir adequadamente os autores dos fatos¹.

O termo *compliance* pode ser definido também pela capacidade que uma organização possui de seguir regras nacionais e internacionais, por meio de princípios éticos e morais adotados nas normas internas.

Para o jurista Fabio Medida Osório², o programa de *compliance* é um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e requer a aplicação de códigos de ética e conduta, diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Não se pode confundir a mera existência a desses códigos no “papel” com a efetividade dos programas.

O sistema de *compliance* deve ser inserido e controlado por um profissional com autonomia para realizar a governança, com status de gerente ou diretor da empresa. Para Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi³, a presença do *compliance officer* é imprescindível no ambiente corporativo, uma vez que ele funcionaria como um guardião da empresa, e teria por principal função garantir que a empresa exerça suas atividades seguindo as normas legais.

Entre as principais atribuições, destaca-se a sua independência. De fato, esta é desenvolvida com o fito de resguardar a imparcialidade das medidas que adota, contribuindo para manutenção de um ambiente favorável a adoção de comportamentos éticos de forma automática, habitual e intuitivo a todas as pessoas sujeitas ao modelo de governança

¹CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 95.

² OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance efetivo ou compliance de fachada, eis a questão*. Disponível em: <www.fabiomedinaosorio.com.br/compliance2018/>. Acesso em: 23 mai. 2019.

³GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 70.

corporativa. Destaca-se ainda, que o operador de *compliance* tem como maior objetivo aprimorar os sistemas de controles internos das organizações, a fim de assegurar que seus ativos estejam protegidos contra fraudes ou desvios, fortalecendo a realização das atividades em conformidade com os requisitos de valor da organização.

Paulo Henrique Mattos Wanick⁴ recomenda que os sistemas e processos de governança, riscos e compliance devem ser apoiados em políticas, códigos e normas internas que sejam aplicadas a todos, indistintamente com intuito de dar efetividade às boas práticas de gestão.

O profissional de *compliance* deve fomentar a criação de um ambiente favorável à exposição do ponto de vista dos funcionários sobre o funcionamento da empresa, incentivando-os a arriscar e apontar os problemas quando eles ocorrem, bem como suas possíveis soluções.

Mas não se limita a isso. A avaliação do *compliance officer* nas transações comerciais permite à organização identificar os pontos de fragilidade na relação com terceiros, atuando de forma preventiva, por exemplo, em eventuais descumprimentos da legislação trabalhista ou fiscal, ou mesmo desvios de conduta de seus empregados e terceiros no âmbito da organização.

Por essa ótica, pode-se observar que dentre as diversas características imprescindíveis ao profissional de *compliance*, a primordial é a diplomacia. Isso porque se exige do profissional de *compliance* um bom relacionamento em todos os segmentos da atividade empresarial, demonstrando aos sócios, acionistas, gerentes e diretores quais as políticas e os procedimentos que deverão proceder, segundo os princípios morais e éticos defendidos pela pessoa jurídica.

Ademais, o *compliance* tem uma característica singular enquanto instrumento de política pública que é a capacidade de combater o patrimonialismo e a nociva cultura do “jeitinho brasileiro”, que são vistos pelo mercado como fatores de incremento de risco e custos aos negócios. O *compliance* faz parte de uma política pública que atua sobre o setor empresarial e privado, sobre o comportamento dos indivíduos e sobre a atuação do poder público contra o desenvolvimento desse fenômeno social que é a corrupção.

⁴ WANICK, Paulo Henrique Mattos. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. Boas práticas no setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. Salvador. Juspodivm. 2017. p. 560.

Para Paulo Henrique Mattos Wanick⁵, práticas e culturas dissociadas das tendências do *compliance* vêm sendo questionadas e devidamente desafiadas por mercados mais desenvolvidos e responsáveis:

Estratégias e sustentabilidade, conceitos fundamentais para a condução dos negócios, não mais são possíveis de serem geridos se tiverem seus interesses e focos de ação tratados de maneira isolada, mas pelo contrário, de maneira integrada, podem propiciar um conjunto de ações realmente transformadoras para aqueles que querem manter suas organizações voltadas para a perenidade e se tornarem verdadeiros líderes empresariais.

É decerto, portanto, que as organizações que de fato adotam um comportamento seguindo as boas práticas de gestão corporativa acabam por contribuir para a formação de um mercado mais íntegro e ético, sinalizando que esta é a grande preocupação da administração e como tal merece tratamento distinto das organizações que não adotam o mesmo comportamento.

De qualquer forma, há que se chamar atenção que durante o processo de desenvolvimento do trabalho de um *compliance* é possível observar duas situações oriundas da própria busca de que o profissional deve fazer quanto ao bom relacionamento com todos os segmentos da sociedade empresária: Ou seja, se de um lado a relação estreita entre *compliance* officer e diretores pode contribuir para um *compliance* efetivo, de outro, pode favorecer a interferência da alta cúpula da empresa no desempenho das funções do profissional C.O. (*compliance officer*), formando terreno propício para criação de um *compliance* de fachada.

Nessa perspectiva, e sabedor da possibilidade que em muitas ocasiões podem tentar “capturá-lo”, deve o profissional prezar sempre por sua imparcialidade, demonstrando de forma objetiva, persistente e ostensiva, qual será sua conduta e qual o comportamento esperado por parte dos gestores da organização.

2. A CONDIÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* COMO GARANTE OU NÃO DA MEDIDA DE COMBATE AO *COMPLIANCE* DE FACHADA

A responsabilidade pela implantação efetiva do Programa de Integridade pertence à alta direção da empresa, de modo que eventuais condutas conflitantes com o sistema de

⁵ WANICK, op. cit. p. 542.

integridade serão objeto de responsabilização na forma do artigo 3º da Lei nº12.846/2016, já que, em regra, a sanção deve ser imputada aos dirigentes ou membros da alta direção da pessoa jurídica.

É necessário dizer que, a rigor, o oficial de *compliance* não pertence ao grupo de pessoas que detêm poder de direção ou representação da pessoa jurídica, tendo em vista que o mais comum é a contratação de profissional especializado, sem atribuir a este qualquer poder de comando, direção ou representação na pessoa jurídica.

Tal condição é precisamente observada pelo Professor Marcos Assi⁷ se referindo à subordinação direta do *compliance officer* ao diretor de *compliance* ou a algum outro diretor indicado pela organização. Portanto, em regra, o exercício de suas atividades estarão subordinadas à análise de mérito superior.

Sob esse prisma, o gestor de integridade funciona como mero coordenador ou facilitador (sem poder de comando e direção) que atua na implantação das diretrizes de *compliance* nas áreas vitais à sobrevivência da empresa, orientando e monitorando seu funcionamento, sempre subordinado ao crivo dos seus superiores.

Nesse contexto, sem possuir, de ordinário, obrigação ou dever, legal ou contratual, de evitar o cometimento de ilícitos, o exercício de seu ofício não implica inexoravelmente que tenha “deveres de garante”.

O problema é que a ausência de um dever legal (ou contratual) de combater a prática de ilícitos afeta negativamente a efetividade do trabalho realizado pelo profissional de *compliance*. Isso porque o afastamento dessa condição de garantidor implicaria diretamente na suspeição da qualidade do programa de integridade aplicado na empresa, tendo em vista que, se as atividades do operador de *compliance* não estiverem intimamente ligadas e subordinadas à finalidade precípua de evitar fraudes, os princípios e as diretrizes do programa poderiam ser mitigados ou até não cumpridos por questões de interesse privado, ensejando o que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) denomina de *compliance* de fachada ou de prateleira.

Sobre o *compliance* de fachada, insta salientar o entendimento do CADE⁸ sobre o tema:

⁶ BRASIL. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁷ ASSI, Marcos *Gestão de compliance e seus desafios*. São Paulo: Saint Paul. 2013.p. 50-56.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programas de Compliance: Orientações sobre a estruturação e benefícios sobre a adoção dos programas de*

Consiste na criação de programas com a finalidade de simular um interesse em comprometimento, (também conhecidos como *sham programs* - programas falsos), e que na prática se revelam mera adoção formal de um programa; ou seja, uma organização que não se preocupa com o cumprimento das leis e diretrizes de *compliance* ou não se importa com sua eficácia.

Sendo assim, daquilo que o CADE denomina *compliance* de fachada, é comum que empresas adotem programas de integridade superficiais sem preocupação com a manutenção do ambiente competitivo, inclinando-se, exclusivamente, a utilizar o *compliance* como circunstância atenuante em eventual condenação. É o verdadeiro placebo em que o *compliance* é apenas uma cápsula vazia.

Por tais razões, há uma gama de medidas que devem ser adotadas para se evitar o considerado “*compliance* de prateleira”, dentre elas, a responsabilização do *compliance officer* pelos atos lesivos praticados no exercício de sua função que naturalmente deveria evitar, garantindo sua independência, autonomia e desvinculando suas decisões do crivo dos membros da direção administrativa.

No entanto, é imperioso esclarecer que essa responsabilização não significa necessariamente que o *compliance officer* exerça função de garante. Não se trata disso.

Isso porque atribuir uma espécie de responsabilidade objetiva no desempenho da função é, *prima facie*, outra modalidade de favorecimento ao programa de fachada, em que o profissional de *compliance*, devido a sua autonomia e independência, poderia ser utilizado como “bode expiatório” da alta cúpula da empresa e suportar as responsabilidades de eventuais condutas ilícitas praticadas que, em regra, são de natureza solidária.

Portanto, a independência e a autonomia no desempenho da implementação das boas práticas podem ter sua finalidade desviada tanto para maximizar a imputação ao profissional de *compliance* quanto para mitigar seu poder decisório; por essa razão, a solução repousa na responsabilidade subjetiva do *compliance officer*, ou seja, que demanda a verificação de dolo ou culpa, como forma de estabelecer um equilíbrio entre as responsabilidades, impedindo que o instituto do *compliance* seja desviado e garantindo a punição de qualquer envolvido em práticas ilícitas na medida de sua culpabilidade.

3. A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* COMO FORMA DE SE EVITAR A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Muito embora a cultura do *compliance* esteja se difundindo rapidamente no cenário corporativo empresarial, o tema de responsabilidade penal na gestão de *compliance* nas empresas ainda é um tema carente de experiências em nosso ordenamento jurídico.

Dito isso, insurgem-se ilações a respeito de uma possível responsabilização criminal irrestrita do *compliance officer* na hipótese de sobrevir alguma conduta delituosa no âmbito da atividade empresarial, comprometendo a efetividade de sua função de desenvolver, gerir e implementar os mecanismos relativos à integridade da pessoa jurídica.

Para enfrentar o tema abordado, é necessário esclarecer os questionamentos a seguir: tendo em vista que o profissional de *compliance*, na prática, está a serviço do próprio Estado na prevenção e repressão à corrupção, seria razoável acusá-lo por todo e qualquer delito no qual uma empresa venha a se envolver? No mesmo sentido, seria viável imputar ao *compliance officer* a responsabilidade de evitar a ocorrência de qualquer ato ilícito sob pena de ele mesmo ser considerado um autor ou partícipe do delito? A resposta mais razoável certamente é negativa.

No momento em que o *compliance officer* recebe o mandato da alta direção para desenvolver o programa de integridade dentro da estrutura de uma determinada pessoa jurídica há uma transmissão de responsabilidades e deveres inerentes à implantação efetiva do programa, de modo que a falha na prestação do serviço pelo gestor de *compliance* que acarrete prejuízo à pessoa jurídica ou responsabilização penal, em regra, não poderia ser atribuída ao gestor, salvo comprovado o dolo ou culpa do C.O. no deslinde da conduta criminosa.

Isto é, diante da assunção de poderes para proteção do bem jurídico tutelado, vislumbra-se a responsabilidade do *compliance officer*, naquilo que foi denominado por Günter Jakobs⁹, como ausência de dever de cuidado especial.

Conforme muito bem colocado por João Paulo Orsini Martinelli¹⁰:

Consequentemente, apenas poderá ser responsabilizado penalmente aquele que pratica uma conduta de forma dolosa ou culposa e que guarde nexos de causalidade com um resultado previsto em lei como crime. Além disso, o agente deve ser

⁹JAKOBS, Gunter. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 318.

¹⁰MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 243.

incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor.

Sendo assim, o indivíduo que envida esforços em prol de um programa de integridade, não pode suportar a responsabilidade de determinado crime fundamentado, simplesmente, na posição que ocupa, sob pena de se induzir à aplicação de uma responsabilização penal objetiva, que é expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, também já têm se manifestado os Tribunais nacionais, entre eles o Superior Tribunal de Justiça¹¹:

Tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A rigor, o profissional de *compliance* somente poderia ser condenado na esfera criminal nas hipóteses em que as provas sejam suficientes e robustas no sentido de a conduta contribuir efetivamente para a prática de um delito, fazendo-o de forma dolosa ou culposa¹², não se admitindo que figure no polo passivo de uma ação penal, apenas por ser titular de um cargo na estrutura hierárquica da pessoa jurídica.

Por exemplo, o *compliance officer* apenas poderia ser acusado de praticar um crime de corrupção ativa caso existam provas de que prometeu ou ofereceu vantagem indevida a um agente público, de que ordenou um terceiro a realizar tal promessa ou que participou do processo decisório para que o suborno fosse prometido, valendo lembrar que essa seria uma hipótese de responsabilização por crime comissivo que não restam dúvidas quanto à capitulação do fato.

No entanto, o ponto controverso desse tema repousa na equiparação do *compliance officer* à posição de garante, ou seja, nas hipóteses em que se verifica uma omissão imprópria ou comissão omissiva caracterizada por uma falha no exercício de suas atribuições.

¹¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – RHC n° 43.405/MG – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – Julgado em 2/9/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554474055/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-45464-sp-2014-0035986-7>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹²Vale ressaltar o caso do *compliance officer* do *National Labor Relations Board*, que, durante o seu julgamento, admitiu ter desviado aproximadamente US\$ 400.000,00 na época em que era responsável pela agência federal norte-americana. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-dc/pr/former-compliance-officer-national-labor-relations-board-pleads-guilty-stealing-more>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Essa falha pode ser denominada no direito penal como crime omissivo improprio ou comissivo por omissão, hipótese em que o agente – denominado garantidor ou garante – tem o dever de agir para evitar um resultado delituoso, mas por dolo ou culpa se omite acerca dessa obrigação e o resultado produzido.

Sobre o tema dos crimes omissivos impróprios, é importante destacar as lições de Rogério Sanches Cunha e Renee de Ó Souza¹³:

Nos crimes omissivos impróprios não basta a simples abstenção de comportamento. Adota-se aqui a teoria normativa, em que o não fazer será penalmente relevante apenas quando o omitente possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado (dever jurídico). Mais do que um dever genérico de agir, aqui o omitente tem dever jurídico de evitar a produção do evento.

Consoante o dispositivo penal do artigo 13, §2º, a omissão será considerada penalmente relevante quando aquele que se omitiu devia e podia agir, sendo certo que possuem o dever de agir aqueles que tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância e, de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado e com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado.

Nesse prisma, de acordo com a doutrina, a figura acima seria a de “garante” ou “garantidor”, isto é, a pessoa que tem uma especial relação com determinado bem jurídico e, conseqüentemente, um dever legal de agir para evitar um resultado, sendo que eventual omissão pode ser equiparada a uma verdadeira ação¹⁴.

Em síntese, a condição de garante do *compliance officer* iniciaria no momento em que a pessoa pertencente à alta cúpula da pessoa jurídica lhe confere poderes para prevenir e reprimir práticas indevidas, concedendo responsabilidades de proteger a conformidade ética da empresa e não se omitir diante de alguma hipótese que possa lesar o bem jurídico ao qual se incumbiu de vigiar. Desse modo, por esse raciocínio, se o *compliance officer* toma ciência da ocorrência de um crime no âmbito da empresa e, mesmo assim, nada faz, poderia, em tese, ser também considerado autor do referido crime¹⁵.

¹³CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee de Ó. *Curso de Direito Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 264.

¹⁴MARTINELLI, op. cit. p. 532.

¹⁵Esse seria o caso dos irmãos Peter e Bernard Madoff, que causaram um prejuízo de cerca de US\$ 60 bilhões a investidores. Peter Madoff atuou como C.O. de uma firma de investimentos de seu irmão e, por meio de investigações, foi comprovada a prática de declarações falsas a investidores; O C.O. nunca realizou as revisões de *compliance* periódicas que lhe eram exigidas, mas declarava sua realização aos investidores. Por ser considerado uma espécie de porteiro – *gatekeeper* –, Peter foi condenado à pena de 10 anos de prisão pela Corte Federal de Manhattan por fraude, por meio de omissão acabou permitindo a seu irmão continuar colocando em prática o Esquema de Ponzi. Disponível em: <https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2012/peter-madoff-former-chief-compliance-officer-and-senior-managing-director-at-bernard-l.-madoff-investment-securities-llc-sentenced-in-manhattan-federal-court-to-10-years-in-prison>. Acesso em: 18 abr. 2019.

Observe-se, contudo, que ainda que se admita a possibilidade da atribuição de garante ao *compliance officer*, não significa que essa responsabilidade criminal seja atribuída de forma indiscriminada por todo e qualquer evento.

Como já apontado, o papel do *compliance officer* é de estruturar, implementar e gerir o programa de integridade¹⁶.

Alguns defendem que se trata, na verdade, de um indivíduo com um papel limitado, que possuiria apenas um domínio informativo, cabendo-lhe, dentro do âmbito de sua competência profissional, tão somente cientificar uma autoridade superior sobre indícios da prática de um fato ilícito, ao passo que a responsabilidade de tomar as medidas cabíveis ficaria a cargo de tal superior¹⁷.

Conforme leciona Jorge Renato Mello Silveira¹⁸:

Isso significaria que o *compliance officer* não assumiria a responsabilidade de evitar a prática de todo e qualquer crime no âmbito da empresa em que atua, agindo, de fato, como alguém que presta auxílio à diretoria, que possui um papel bem definido e que somente pode ser responsabilizado por atos praticados na sua esfera de competência, sob o risco de se criar situações de verdadeira injustiça.

Em síntese, ainda que seja considerado garante, é necessário que *compliance officer* desenvolva os estritos deveres que lhe são atribuídos.

Portanto, embora seja imprescindível o trabalho desempenhado pelo gestor de *compliance*, a sua presença não remete à uma desobrigação por parte dos colaboradores da empresa em cumprirem suas responsabilidades individuais, conforme lecionam Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho de Araújo¹⁹, a estrutura que responderá pelo setor de *compliance* empresarial, seja ela centrada em uma pessoa, em uma junta de pessoas, ou ainda em um representante externo, não definirá as decisões a serem tomadas por esta companhia. Ela é apenas o alerta sobre riscos evidentes e inerentes às decisões. A afirmação até pode parecer um tanto óbvia, mas muitas vezes parte-se do pressuposto que o *compliance officer* pode e deve fazer o impossível para evitar qualquer tipo de conduta ilícita ou indesejada na companhia. Se assim o fosse, o *compliance officer* deveria ser, em verdade, o executivo principal da companhia e não apenas uma área de assessoria na administração.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144.

¹⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 280. março/2016. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim280.pdf?x=05022016>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

¹⁸ SILVEIRA, op. cit. p. 144.

¹⁹ COSTA; ARAÚJO, apud, SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 144 e 145.

CONCLUSÃO

Conclui-se pelo trabalho desenvolvido que para se obter sucesso na implementação de um programa de *compliance* é indispensável o aval explícito e apoio incondicional dos mais altos executivos da empresa. Além disso, é imprescindível que as empresas que possuem um programa de *compliance* sejam lideradas por um profissional independente da alta cúpula da sociedade, com autoridade e recursos suficientes, e com suficiente autonomia de gestão para garantir que o programa seja eficaz para prevenir, detectar e punir as condutas empresariais antiéticas.

Contudo, é importante destacar, daquilo que se espera da autonomia concedida ao *compliance officer*, que não seja confundido com uma transferência de responsabilidade da alta cúpula da empresa ao gestor, sob pena de se inaugurar uma modalidade de garantidor no direito penal, engessando toda a estrutura do instituto do *compliance*.

É necessário sim que esse profissional esteja diretamente responsável pelas suas condutas à frente da empresa, no que tange a gestão de *compliance* por condutas contrárias à lei e ao sistema de boas práticas instituído, desde que devidamente apurado que atuou com dolo ou culpa e sem prejuízo de eventual responsabilização dos diretores envolvidos na prática delituosa, que poderia ensejar uma responsabilização penal objetiva, que é vedada no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, verifica-se que o *compliance officer*, quando estiver diante de uma situação de dúvida quanto à licitude de eventuais condutas internas da administração, deverá se reportar aos diretores da sociedade empresária e, caso permaneçam inerte quanto à apuração de denúncias, a postura mais correta a ser adotada será seu afastamento.

Isso porque ocupar um cargo com tantas responsabilidades em uma empresa em que não há o apoio da alta administração ou pior, quando a alta direção está envolvida em práticas ilícitas, cria-se um ambiente propício para a instalação de um sistema de *compliance* de fachada, podendo acarretar, ao longo do tempo, algum tipo de responsabilização criminal.

Portanto, a cerne do problema repousa em se atribuir as responsabilidades inerentes às funções do *compliance officer* sem que essas atribuições produzam efeitos de uma espécie de garantidor no direito penal. De toda sorte, o remédio para se dirimir eventuais efeitos negativos dessa responsabilização encontra guarida na interpretação isolada de cada caso pelos tribunais superiores, sempre fundamentados nos princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, como legalidade, culpabilidade, *ultimaratio* e dignidade da pessoa

humana. Caso se verifique que a suposta mudança não se amolda aos parâmetros norteadores, evidentemente não se está diante de uma mudança positiva em prol do sucesso do sistema de *compliance*.

REFERÊNCIA

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: QuartierLatin. 2015.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 349.073/SP* – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Rel. p/ acórdão Min. Sebastião Reis Júnior – 6ª Turma – j. 26.04.2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583591329/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-95995-sp-2018-0058344-0/relatorio-e-voto-583591392?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. JUSTIÇA, Ministério da. CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programas de *Compliance*: Orientações sobre a estruturação e benefícios sobre a adoção dos programas de *compliance* concorrencial. Brasília/DF. Janeiro de 2016.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. *O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 280, 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470. Revista Brasileira de Compliance Criminal*. Disponível em nº. 106, 2014. Acesso em: 8 mai. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Juspodivm. 2018.

_____. *Curso de Direito Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE. U.S. Attorney's Office. *Former Compliance Officer for National Labor Relations Board Pleads Guilty to Stealing More Than \$400,000 from Agency*. Disponível em: <www.justice.gov/usao-dc/pr/former-compliance-officer-national-labor-relations-board-pleads-guilty-stealing-more>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponível em : <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015.

JAKOBS, Gunter. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 284, julho/2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini – BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance efetivo ou compliance de fachada, eis a questão*. Disponível <www.fabiomedinaosorio.com.br/compliance2018/>. Acesso em: 23 mai. 2019.

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

USA. The Fbi, Federal Bureau Investigation. U.S. Attorney's Office. *Peter Madoff, Former Chief Compliance Officer and Senior Managing Director at Bernard L. Madoff Investment Securities LLC, Sentenced in Manhattan Federal Court to 10 Years in Prison*. Disponível em: <<https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2012/peter-madoff-former-chief-compliance-officer-and-senior-managing-director-at-bernard-l.-madoff-investment-securities-llc-sentenced-in-manhattan-federal-court-to-10-years-in-prison>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

WANICK, Paulo Henrique Mattos. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. Boas práticas no setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. Salvador. Juspodivm. 2017.