PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

CAMILA RODRIGUES FORIGO

A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER* NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL NA NORMATIVA BRASILEIRA

CURITIBA
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

CAMILA RODRIGUES FORIGO

A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER* NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL NA NORMATIVA BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA
2016

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

F721p
2016

Forigo, Camila Rodrigues
A posição de garantidor do *compliance officer* na atividade empresarial : possibilidade de imputação penal na normativa brasileira / Camila Rodrigues Forigo ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2016.
157 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016
Bibliografia: f. 143-157

1. Responsabilidade penal. 2. Intervenção (Governo Federal). 3. Contratos. 4. Direito. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

SUMÁRIO

RESUMO 7
ABSTRACT 8
1 INTRODUÇÃO 11
2 O *COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL 15
2.1 A ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO AMBIENTE CRIMINÓGENO: O CENÁRIO NO QUAL SE INSERE A EMPRESA E SUA REPERCUSSÃO NO MERCADO GLOBAL 15
2.1.1 A tipologia atinente à atividade empresarial 24
2.1.1.1 O crime de corrupção 25
2.1.1.2 Os crimes envolvendo procedimentos licitatórios 27
2.1.1.3 O crime de lavagem de dinheiro 32
2.1.2 Instrumentos normativos internacionais destinados à prevenção e repressão dos delitos empresariais 34
2.1.3 A repercussão da normativa internacional na legislação pátria 40
2.1.3.1 A Lei de Lavagem de Dinheiro 42
2.1.3.2 A Lei Anticorrupção Empresarial 43
2.2 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* 49
3 A ESTRUTURA DA *CRIMINAL COMPLIANCE* E A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO *COMPLIANCE OFFICER* 56
3.1 *COMPLIANCE* E *CRIMINAL COMPLIANCE*: O PAPEL DESEMPENHADO NA ATUAL ESTRUTURA DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS-EMPRESARIAIS 56
3.1.1 Características do programa de *criminal compliance* 61
3.1.1.1 Políticas, controles e procedimentos 62
3.1.1.2 Compromisso e envolvimento da alta administração 63
3.1.1.3 Delimitação dos âmbitos de competência 65
3.1.1.4 Código de Ética e de Conduta 65
3.1.1.5 Mapeamento e análise de riscos 66
3.1.1.6 Diligência prévia (*due diligence*) 67
3.1.1.7 Seleção, instrução e treinamento contínuo dos empregados e dirigentes 67
3.1.1.8 Revisão e aprimoramento contínuo 68
3.1.1.9 Canal de denúncias 69
3.1.1.10 Independência do programa e alocação de recursos 70
3.1.1.11 Investigação 71
3.1.1.12 Medidas internas de monitoramento e de sanção de abusos e infrações 72
3.1.1.13 Controle e avaliação interna e externa do programa 73
3.1.1.14 Outros aspectos relevantes da *criminal compliance* 75
3.1.2 Distinção entre *compliance* e leniência 76
3.2 A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO *COMPLIANCE OFFICER* NA ESTRUTURA EMPRESARIAL 79
3.2.1 Papel de garante originário do empresário 81
3.2.2 A configuração do princípio da confiança no exercício das posições de garantia 85
3.2.3 Deveres assumidos pelo *Compliance Officer* 88
3.3 A DIMENSÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* DIANTE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI Nº 9.613/1998) E DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI Nº 12.846/2013) 93
4 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* 99

4.1 A RESPONSABILIZAÇÃO DO GARANTIDOR PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO 99
4.1.1 Crimes omissivos 102
4.1.1.1 Crimes omissivos próprios 104
4.1.1.2 Crimes omissivos impróprios 105
4.1.1.2.1 A assunção material da posição de garantia 107
4.1.1.2.2 A imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios 110
4.2 ELEMENTOS PRÁTICOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* 116
4.2.1 Hipóteses relacionadas à atuação do *compliance officer* 120
4.2.1.1 Quando descumpre intencionalmente os seus deveres 120
4.2.1.2 Quando é negligente 123
4.2.1.3 Quando não lhe são conferidos meios próprios para atuação 125
4.2.1.4 Quando são cometidos crimes que não guardam relação com a atividade empresarial 127
4.2.1.5 Quando o programa é eficiente e atua adequadamente 128
4.2.1.6 Quando comunica a alta administração, a qual opta por não atuar, ou nos casos de crimes praticados por órgão superior 129
4.3 REFLEXOS DA *CRIMINAL COMPLIANCE* NA DIVISÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL 131
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 139
REFERÊNCIAS 143

central do presente estudo, impende analisar de que modo é adquirida a posição de garantia e quais são os efetivos deveres assumidos por esse profissional.

3.2.1 Papel de garante originário do empresário

Como já explorado, o desenvolvimento da atividade empresarial comporta uma série de riscos inerentes a essa atuação, principalmente em decorrência do fato de que a exploração de uma atividade possui, por sua própria estrutura, um risco criminógeno[394]. Nesse sentido, ao lado da liberdade de organização empresarial, nasce o dever do empresário (ou do conselho de administração quando inexistir a personificação da figura do empresário), de zelar para que a atividade por ele praticada não lese quaisquer bens jurídicos[395].

Parte-se do princípio de que o empresário, ao optar por desenvolver uma determinada atividade , assume o correlato encargo de evitar a realização dos perigos que decorrem dessa atividade[396]. A posição de garante originário da atividade empresarial é assumida, portanto, pelo empresário[397].

As tarefas implicadas nessa posição de garante são, em sua grande maioria, deveres de controle ou de neutralização[398] de focos de perigo, a fim de evitar, por exemplo, a ocorrência de acidentes lesivos ou mortais, danos ao meio ambiente ou delitos por parte de seus empregados no exercício de suas funções[399].

O empresário se encontra em uma posição de garantia com relação à atuação de seus subordinados[400], o que lhe impõe uma correta organização dos processos internos, dos mecanismos de segurança, dos sistemas de vigilância e de controle referentes às tarefas próprias da atividade empresarial desempenhadas por seus subordinados[401], levando ao desenvolvimento do programa de *compliance.*

---

394 Cf. nota 2 da introdução.
395 GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 169.
396 ROBLES PLANAS, 2013, p. 323.
397 GÓMEZ-ALLER, op. cit., p. 169.
398 SCANDELARI, 2015, p. 176-177.
399 GÓMEZ-ALLER, op. cit., p. 170-171. A esse respeito, vale mencionar que o Código Civil brasileiro em seu art. 932, inciso III, estabelece que o empregador é responsável pela reparação civil por atos de seus empregados, serviçais e prepostos praticados no exercício do trabalho ou em razão dele. (BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.).
400 SILVA SANCHEZ, 2013, p. 79.
401 ROBLES PLANAS, op. cit., p. 323.

Contudo, a expansão e a complexidade da empresa não permitem ao empresário cumprir sozinho com todos os deveres que recaem sobre si[402], sendo necessária a divisão do trabalho, a especialização e a descentralização na tomada de decisões. De acordo com os recursos, a atividade desenvolvida e o porte da empresa, será implantada uma estrutura organizativa empresarial com distribuição de trabalho e competências de forma harmônica e coordenada[403].

A gestão da atividade empresarial passa a ser descentralizada, repartindo-se o poder de decisão de áreas específicas entre membros diversos da empresa. O empresário confia a realização de certas atividades a outras pessoas e delega parte de seu poder ou autoridade a instâncias específicas[404].

A delegação em determinados contextos pode ser necessária ante a especial capacitação técnica que o exercício de alguma função pode exigir e que o titular da empresa não possui. Nesses casos, a delegação corresponde a um mecanismo necessário para a consecução de um funcionamento eficaz da empresa, a uma forma de cumprir com os deveres de garante[405] e, mais do que mera distribuição de tarefas, consiste em uma técnica através da qual o delegante outorga parte de suas competências e responsabilidades iniciais a outra pessoa, isto é, ao delegado. Segundo Montaner Fernández[406], a delegação corresponde a uma técnica transformadora das esferas de responsabilidade individual, por meio da qual o delegante não cede a simples execução de uma função, mas sim o domínio sobre um determinado âmbito de competência.

Assim, a posição de garantia originária por parte do empresário possibilita a delegação de determinadas esferas de suas competências através de um mecanismo de transferência e transformação de posições de garantia. Silva Sánchez[407] explica que o delegante transfere a sua posição de garantia ao delegado, de modo que a posição de garantia do delegante se transforma, passando a ser secundária ou residual. Não há exclusão ou exoneração da posição de garantia originária, mas sim uma transformação através da qual seus deveres se tornam residuais. Tais deveres consistem basicamente na coordenação e vigilância da atuação dos delegados[408].

---

[402] BOCK, 2013, p. 110.
[403] MONTANDER FERNÁNDEZ, 2008, p. 44-45.
[404] Ibid., p. 61-84.
[405] Ibid., p. 94.
[406] Ibid., p. 85-99.
[407] SILVA SANCHEZ, 2013, p. 81.
[408] Sobre os deveres residuais do empresário, Montaner Fernández (op. cit., p. 158) esclarece que correspondem àquelas obrigações que se mantêm ao delegante depois da delegação de competências.

Essa transformação das esferas de competência cria uma nova posição de garantia na pessoa do delegado, o qual passa a deter determinadas faculdades de decisão e certas obrigações de gestão[409], assumindo o dever de garante secundário da atividade empresarial[410].

A delegação pode ocorrer, inclusive, com relação à função de prevenção e detecção de delitos para assegurar a regular execução da atividade empresarial. A delegação dessa competência pode ser feita a pessoas ou empresas externas, mas com frequência é feita ao *compliance officer,* o qual assume, então, a posição de garante secundário de evitação de delitos no âmbito daquela companhia[411]. Logo, a posição de garante do *compliance officer* não é original, mas recebida de forma derivada do empresário[412].

O fundamento desse dever de garante derivado é diverso do dever de garante originário, pois decorre de um fato anterior perigoso e de uma livre aceitação da posição de garante[413]. Nesse aspecto, a assunção da posição de garante por parte do *compliance officer* surge de uma obrigação contratual de agir e de cumprir com o dever jurídico assumido[414].

Deve existir uma assinalação prévia das suas obrigações[415] por meio do contrato laboral que contenha uma descrição prévia de seu posto de trabalho[416], detalhando-se os riscos que ele aceitou evitar e como aceitou fazê-lo[417]. Scandelari[418] observa que a delegação não deve ser apenas formal, mas deve ser efetivamente material, de modo que será garantidor apenas aquele funcionário que realmente assumiu as funções correspondentes e possui os meios para desempenhá-las adequadamente.

Com isso, assumidos determinados encargos pelo *compliance officer*, que podem variar conforme o porte e a estrutura empresarial, essas funções saem da esfera de competência do empresário, o qual, por sua vez, passa a deter o encargo de vigiar e supervisionar a atuação do encarregado pelo cumprimento.

Assim, não se pode confundir com os deveres residuais aqueles deveres do empresário de seleção, formação e informação do delegado, nem o dever de dotação dos meios necessários para o regular cumprimento da função. Segundo a autora, esses são deveres iniciais do empresário, que se verificam antes da transformação efetiva do seu âmbito de competência.

[409] MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 98-99.
[410] GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 170.
[411] SCANDELARI, 2015, p. 174-187.
[412] ROBLES PLANAS, 2013, p. 321.
[413] SILVA SANCHEZ, 2013, p. 82.
[414] BENEDETTI, 2014, p. 100-101.
[415] MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 88.
[416] PRITTWITZ, 2013, p. 215.
[417] SCANDELARI, op.cit., p. 192.
[418] Ibid., p. 175-176.

O empresário passa a exercer a atividade de vigilância do vigilante[419], pois a existência de diversos níveis na estrutura empresarial não o exonera da obrigação de evitar que nesses níveis surjam perigos para os demais[420]. O empresário, por ocupar o vértice ou nível superior da estrutura empresarial, é quem possui o máximo poder para ordenar e decidir em cada caso quem assume o risco do negócio e quem empenha seu patrimônio presente e futuro nas possíveis consequências adversas de sua empresa[421].

A propósito, Bacigalupo[422] esclarece que a delegação apenas modifica a responsabilidade do garante originário e que é dever do empresário uma cuidadosa eleição das pessoas que exercerão a função de vigilância, uma vez que a escolha de pessoas sem capacidade para exercer essa função constitui um defeito organizativo.

Nesse sentido, afirma-se que a delegação de competências do empresário ao *compliance officer* faz com que os dois possuam obrigações de garantia, ainda que a configuração dessas obrigações seja diversa e com intensidade diferente[423].

O *compliance officer*, apesar de adquirir os deveres de garante de forma derivada, assume a posição de garante primário da evitação do resultado, por ser quem está mais próximo à coisa e tem domínio direto sobre ela. Os delegantes adquirem a posição de garantia secundária, exercendo sua função de garantia através do controle do delegado[424]. Para esse controle, os delegantes podem exigir, por exemplo, reportes periódicos sobre a forma de desenvolvimento da atividade[425].

É possível, a qualquer momento, a revogação da delegação[426] caso o empresário constate que o *compliance officer* não está atuando de forma suficiente ou satisfatória à consecução dos objetivos da atividade empresarial.

Para o adequado cumprimento de suas atribuições, a posição a ser ocupada pelo *compliance officer,* dentro do organograma empresarial, deve se situar logo abaixo da alta administração, sendo hierarquicamente superior a todos os demais funcionários.

O que se depreende do sistema de *criminal compliance* e da delegação de poderes é que há uma distribuição de responsabilidades na atividade empresarial[427] que, fatalmente, trará consequências no âmbito da responsabilidade penal, já que

[419] MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 172.
[420] ROBLES PLANAS, 2013, p. 323.
[421] MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 55-56.
[422] BACIGALUPO, 2011, p. 104.
[423] MONTANER FERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.
[424] Ibid., p. 95-164.
[425] SCANDELARI, 2015, p. 185-186.
[426] ROBLES PLANAS, 2013, p. 324.
[427] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 145.

pretende permitir, ou facilitar, a individualização da conduta e as correspondentes infrações de dever de cada um[428].

3.2.2 A configuração do princípio da confiança no exercício das posições de garantia

O princípio da confiança decorre da ideia de que há uma tarefa comum a ser desenvolvida por mais de uma pessoa em um grupo delimitado[429], existindo uma divisão de encargos para cada um dos participantes que devem ser efetivamente cumpridos para que se alcance essa tarefa comum[430]. Há uma delimitação mútua, por meio de regramentos, das atividades a serem desenvolvidas por cada integrante, sendo os agentes autorresponsáveis pela execução de tarefas relativas ao seu papel social[431].

Da atribuição de tarefas a cada um, surge a confiança de que todos sempre buscarão cumprir com os seus deveres[432], de modo que aquele que se comporta conforme ao direito pode contar com o comportamento também adequado dos demais[433]. A confiança, desse modo, corresponde a uma presunção de que todos irão cumprir adequadamente com as suas atribuições, atendendo às respectivas normas, de modo que uma pessoa possui o dever de evitar resultados lesivos produzidos por outra pessoa, mas não tem o dever de se informar se aquela pessoa está trabalhando defeituosamente. Não há um dever nas relações regidas pelo princípio da confiança de procurar conhecer a forma pela qual o colega trabalha[434].

No âmbito da atividade empresarial, entretanto, há elementos que permitem o afastamento dessa presunção, pois a empresa representa um ambiente criminógeno[435] em que diversos riscos são verificados. E o afastamento dessa presunção dá lugar à vigência do princípio da desconfiança no seio da atividade empresarial.

---

[428] BENEDETTI, 2014, p. 92-126.
[429] SILVA SANCHEZ, 2013, p. 86.
[430] GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). ***Compliance* e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 80.
[431] Ibid., p. 80-81.
[432] SCANDELARI, 2015, p. 170.
[433] MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 125.
[434] SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 86.
[435] Cf. nota 2 da introdução.

Por meio do critério da desconfiança, o empresário presume que há falhas no comportamento de seus subordinados e, em razão disso, passa a adotar uma postura ativa para procurar vestígios de tais erros[436].

A incumbência de procurar vestígios, decorrente da posição de garante do empresário, abarca dois deveres: um dever prévio de obtenção do conhecimento sobre a forma com que o subordinado gere sua esfera de competência e um dever posterior de determinar a correção da atuação defeituosa, evitando as consequências lesivas[437]. Uma forma de exercer essa vigilância, como já visto, é através da implantação de sistemas de *criminal compliance*[438], com a delegação de parte desses deveres ao *compliance officer.*

No caso do *compliance officer*, o dever de vigilância possui um conteúdo diverso, já que a ele não incumbe o dever de corrigir a atuação defeituosa. Os deveres desse profissional correspondem ao dever prévio de obtenção de conhecimento e ao dever de transmitir a informação obtida ao superior com competência para corrigir a situação defeituosa[439].

Uma vez estabelecido o sistema periódico de inspeção ou de remissão de informação, o superior hierárquico pode considerar-se amparado pelo princípio da confiança[440], o qual passa a substituir o critério da desconfiança até então vigente. Logo, quando o programa de cumprimento for instituído formal e materialmente, com aptidão para reagir cotidianamente e neutralizar eventuais ilícitos excepcionalmente não evitados pelo programa, pode-se dizer que a atividade empresarial passou a ser novamente amparada pela vigência da confiança nas relações estabelecidas interinamente[441].

Com o programa de *criminal compliance* e o restabelecimento da confiança, presume-se que todos os membros da empresa adquiriram funções próprias para o atingimento do bem comum que, no caso, configura-se pelo adequado desenvolvimento da atividade empresarial sem o cometimento de crimes em seu interior. Nesse caso, o *compliance officer* assume a posição de gestor do programa de cumprimento, com a assunção de alguns deveres de cuidado, ao passo que os funcionários e demais colaboradores assumem o encargo de cumprir as normas do respectivo programa de cumprimento.

---

[436] SCANDELARI, 2015, p. 178.
[437] SILVA SANCHEZ, 2013, p. 88.
[438] Ibid., p. 90.
[439] Ibid., p. 88.
[440] Ibid., p. 90.
[441] GUARAGNI, 2015, p. 90-91.

Nesse cenário, o que se pode observar é que há dois núcleos distintos quando se trata de *criminal compliance*, isto é, há a relação entre o empresário e o *compliance officer*, bem como a relação do empresário e do *compliance officer* com os funcionários.

Relativamente à relação entre o empresário e o *compliance officer,* vige o princípio da confiança, por meio do qual o empresário pode confiar na observância das normas[442] e no regular cumprimento das funções atribuídas àquele profissional, em decorrência do compromisso assumido contratualmente. De acordo com Bock, o empresário não está obrigado a dar instruções concretas nem deve revisar permanentemente sua execução[443], apesar de possuir determinados deveres residuais com relação ao *compliance officer*. O princípio da confiança, nesse caso, significa que não há o dever de adquirir conhecimento sobre situações de risco, mas apenas o de neutralizar os riscos que se advertem[444].

Aliás, o adequado desenvolvimento da atividade empresarial exige que exista uma relação de confiança entre os gestores e os diversos colaboradores e participantes[445], pois o contrário tornaria a atividade do empresário inviável. A partir do momento em que se delegam competências e a aptidão do programa é comprovada, o empresário cumpriu com o seu dever de garantia, e pode confiar na atuação do delegado.

A propósito, Scandelari[446] afirma que não é exigível do delegante o conhecimento sobre a adequada realização das tarefas do delegado, justamente em decorrência da existência da confiança.

Na relação entre o empresário, o *compliance officer* e os funcionários da empresa, o critério vigente é o da confiança. Confia-se no programa em si, na internalização dos seus parâmetros pelos funcionários e demais colaboradores da empresa, na atuação dessas pessoas conforme o direito e, principalmente, confia-se que eventual falha que venha a ocorrer será devidamente detectada pelo programa. Tendo um *criminal compliance* idôneo e apto a transmitir a mensagem de comprometimento, é possível acreditar que os funcionários atuam de maneira correta.

Nesse aspecto, à medida que se adota o programa de modo minimamente seguro, o critério da desconfiança vai cedendo lugar ao da confiança, o que favorece a convivência saudável no ambiente corporativo[447].

---

[442] BOCK, 2013, p. 118.
[443] BOCK, loc. cit.
[444] SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104-105.
[445] MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 122.
[446] SCANDELARI, 2015, p. 186.