



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLEISEN CIDREIRA PEREIRA

**LIMITES DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIZAÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* E DA
INVESTIGAÇÃO PRIVADA**

Salvador
2018

CLEISEN CIDREIRA PEREIRA

**LIMITES DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIZAÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* E DA
INVESTIGAÇÃO PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Misael Neto Bispo da França

Salvador
2018

CLEISEN CIDREIRA PEREIRA

**LIMITES DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIZAÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* E DA
INVESTIGAÇÃO PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 17 de dezembro de 2018.

Prof. Msc. Misael Neto Bispo da França
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Prof.^a Dra. Thais Bandeira Oliveira Passos
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Prof. Dr. Fabiano Cavalcante Pimentel
Doutor pela Universidade Federal da Bahia.

Ao autor e consumidor da minha fé, Jesus Cristo.
Aos meus pais, Antônio e Célia, e irmã, Mariana pelo apoio, amor e carinho
dispensados.
À minha amada noiva, Rebeca.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu Senhor Jesus Cristo que me permitiu recomeçar a vida acadêmica e redesenhar a estrada da minha vida.

Aos meus pais e minha irmã que deram e fizeram muito mais do que eu mereci. Obrigado pelo sustento, pelo zelo, pelos incentivos e por lutarem essa luta comigo, cada um à sua maneira.

Agradeço à Rebeca, então noiva e futuramente esposa, por todo apoio dado durante esses anos na graduação. Você foi a mola propulsora e o motivo pelo qual virei noites e enfrentei todas as dificuldades de uma segunda graduação.

Aos meus amigos Vagner e Louise, Jon e Rai, Victor e Amanda, Tiago e Gisele, Andrea e Flávio, Lucas e Luciana, Abraão e Cléo, Luiz Philipe, Aline, Jehiel, Ebner, Gabriel, Daiane e Sérgio e tantos outros que acreditaram no meu potencial e cuidaram de mim em diversos aspectos.

Aos queridos professores que foram pilares na minha formação acadêmica, em especial ao meu orientador, Prof. Misael França, que me aceitou como seu orientando.

Agradeço, também, aos meus novos companheiros de jornada, colegas e amigos do Garcia Landeiro Carvalho Moraes Advogados Associados por terem me concedido a oportunidade de estagiar e ter contato com a advocacia.

Aos queridos servidores da Faculdade de Direito da UFBA por toda predisposição em servir de alguma forma.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram, incentivaram, se preocuparam comigo direta ou indiretamente e que, sem dúvida, fizeram parte desse episódio da minha vida.

“Ensinei com a doutrina e o exemplo, mas ainda mais com o exemplo que com a doutrina, o culto e a prática da legalidade, as normas e o uso da resistência constitucional, o desprezo e o horror da opressão, o valor e a eficiência da justiça, o amor e o exercício da liberdade”

Ruy Barbosa

PEREIRA, Cleisen Cidreira. Limites do *criminal compliance* no âmbito da responsabilização do *compliance officer* e da investigação privada. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar os limites impostos à responsabilização do Compliance Officer, bem como os limites impostos no processo de investigação privada. Para tal, será feita uma abordagem a respeito da Sociedade de Risco, passando pela expansão do Direito Penal e chegando ao surgimento dos programas de cumprimento, entendendo a conceituação do instituto do *Compliance* e *Criminal Compliance*, sua estrutura e previsões legais no ordenamento brasileiro. Por conseguinte, será feita a análise um pouco mais detalhada acerca dos aspectos jurídico-penais do *Criminal Compliance*, debatendo sobre o uso do instituto como meio de transferência da responsabilidade. Nesse contexto, surgindo o debate sobre a responsabilização do *Compliance Officer*, será feita uma breve discussão relacionada aos deveres de garante. Em seguida, passará à análise do mecanismo das investigações privadas, também chamadas de investigações internas, levando em consideração seus aspectos gerais, estrutura e sua relação com o processo penal. Por fim, far-se-á um delineamento sobre até onde o *Compliance Officer* poderá ser considerado garantidor e, portanto, responsável por eventuais omissões, bem como vislumbrar os limites processuais que devem ser impostos às investigações privadas, a fim de resguardar direitos e garantias dos investigados.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL ECONÔMICO – *CRIMINAL COMPLIANCE* – RESPONSABILIDADE – OMISSÃO IMPRÓPRIA – DEVER DE GARANTE – INVESTIGAÇÃO INTERNA.

PEREIRA, Cleisen Cidreira. Limits of criminal compliance under the responsibility of the compliance officer and private investigation. Monography (Law Graduation) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the limits imposed on the accountability of the Compliance Officer, as well as the limits imposed in the private investigation process. To do so, an approach will be taken regarding the Risk Society, including the expansion of criminal law and compliance programs, understanding the concept of Compliance and Criminal Compliance, its structure and legal provisions in the Brazilian legal system. Therefore, a more detailed analysis of the criminal-legal aspects of the Criminal Compliance will be done, discussing the use of the institute as a means of transferring responsibility. In this context, arising from the debate on accountability of the Compliance Officer, a brief discussion will be made regarding the duties of guarantor. It will then proceed to the analysis of the mechanism of private investigations, also called internal investigations, taking into account its general aspects, structure and its relation to criminal proceedings. Finally, an outline will be made of how far the Compliance Officer can be considered as guarantor and therefore responsible for possible omissions, as well as a glimpse of the procedural limits that should be imposed on private investigations in order to safeguard the rights and guarantees of investigated.

KEY WORDS: ECONOMIC CRIMINAL LAW - CRIMINAL COMPLIANCE - RESPONSIBILITY - IMPROPER OMISSION - GUARANTEE DUTY - INTERNAL RESEARCH

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SEC	Security Exchange Commission
SISCOAF	Sistema de Controle de Atividades Financeiras

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SOCIEDADE DE RISCO, EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E COMPLIANCE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
2.1 COMPLIANCE E CORRUPÇÃO	17
2.1.1 A reação punitiva à “Criminalidade Dourada”	18
2.2 PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> E CONTROLE DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL.....	21
2.2.1 Definição: O que é <i>Criminal Compliance</i>?	23
2.2.2 Elementos estruturais dos programas de <i>Compliance</i>: A realidade brasileira	25
3 ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	29
3.1 <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E A TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PENAL	29
3.2 DEFINIÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER	31
3.2.1 O problema da responsabilidade do <i>Compliance Officer</i> e sua condição de garantidor	35
4 AS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES NOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	42
4.1 ASPECTOS GERAIS DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS.....	43
4.2 ADEQUAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS AO PROCESSO PENAL:.....	48
4.2.1 Quando iniciar uma investigação interna?	49
4.2.2 Princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i>	50
4.2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa e sua aplicação nas investigações internas	52
4.2.4 Investigações internas e garantias dos investigados	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O combate à corrupção, sobretudo daquela que se faz presente nos grandes centros de poder, tem se fortalecido, trazendo consigo novas formas de atuação do Direito, principalmente no Direito Penal. As grandes corporações sofrem pressões para que adotem condutas éticas e transparentes perante ao Estado e à sociedade como um todo.

Nesse contexto, surge a ideia de combate à corrupção por meio de condutas preventivas e, não somente, após a ocorrência da conduta delitiva empresarial. É através dessa máxima que surge o instituto do *Compliance* que tem como principal objetivo colocar as organizações em conformidade com as normas, políticas e regramentos.

A implementação dos programas de *Compliance* dentro de uma empresa pode ser realizada por diversos sujeitos, sejam eles internos ou externos à empresa, chamados de *Compliance Officer*. Estes devem a partir de suas ações garantir o efetivo funcionamento dos programas de cumprimento, identificando eventuais condutas delituosas ou qualquer desvirtuamento das políticas empresariais ou das normas estatais.

Em outro espectro, a suspeita de ocorrência de uma conduta contra os programas de cumprimento ensejará a abertura de procedimentos de investigação e apuração que buscarão identificar o responsável por tal conduta, a extensão do dano e delimitar a sanção que será aplicada no caso sob análise.

Neste sentido, o presente estudo versa sobre a extensão e os limites da responsabilidade do *Compliance Officer* por eventuais condutas que não estejam em conformidade com os programas de *compliance*, bem como os limites impostos aos mecanismos de investigação.

Não se tem como finalidade principal esgotar o tema ou trazer uma solução exata sobre ambos institutos, sobretudo quando se considera que a temática acerca do *Compliance* tenha ganhado maior notoriedade com o advento da Lei 12.683 de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

Assim, o objetivo do presente trabalho é levantar a discussão acerca dos reflexos resultantes da aplicação de técnicas de combate à corrupção e a

consequente relativização dos princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal na persecução da criminalidade empresarial.

A relevância do presente trabalho reside no fato de que o instituto do *Compliance* já tem sua aplicação consolidada em diversos países e como algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, merece a devida atenção, uma vez que a busca por comportamentos éticos e em conformidade com as leis e políticas empresariais é o alvo que se busca alcançar.

Para isso, em caráter inicial, o Capítulo 2 traz a contextualização sobre como a sociedade do risco contribuiu para o aumento da criminalidade, sobretudo no seio empresarial, cujo poder econômico é utilizado para que as grandes corporações restem impunes aos crimes cometidos contra a sociedade. Além disso, abordará a origem do instituto do *Compliance* e a relevância da sua aplicação no combate à corrupção.

Em seguida, no Capítulo 3 os aspectos jurídico-penais do *Criminal Compliance*, partindo da análise da transferência da responsabilidade penal no âmbito empresarial, passando pela figura responsável por implantar e controlar os programas de *Compliance*, chamado de *Compliance Officer*.

Concernente ao *Compliance Officer* o capítulo supracitado trará à discussão a possível responsabilização daquele oficial de cumprimento, bem como se sua posição lhe atribui o dever de garante e se é possível atribuir a responsabilidade por omissão no recebimento ou gestão das denúncias.

Por fim, no Capítulo 4, será explorado o sistema de investigação interna nos programas de *Compliance*, seus aspectos gerais, distinção em relação aos controles internos da empresa, bem como sua estrutura e, finalmente, a sua relação com o regramento processual penal, principalmente no que diz respeito às garantias dos investigados.

Para tanto, o presente trabalho se valeu de pesquisa bibliográfica através de leitura de livros relacionados ao tema de *Compliance* e *Criminal Compliance*, responsabilidade do *Compliance Officer*, direitos e investigação interna. Importante frisar que foram utilizadas para análise de alguns pontos, a legislação brasileira acerca do tema, sobretudo a Lei 9.613 de 1998 (alterada pela Lei 12.683 de 2012); Lei 12.846 de 2013 e o Decreto 8.420 de 2015.

2 SOCIEDADE DE RISCO, EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E COMPLIANCE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As sucessivas transformações, avanços tecnológicos e científicos sempre fizeram parte do processo evolutivo das sociedades. Tais transformações, contudo, têm ocorrido num ritmo cada vez mais acelerado nas últimas décadas resultando, principalmente, na superação de restrições espaço-temporais. MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ¹ assevera, porém, que dada a rapidez desses avanços, tem sido difícil assimilar esse desenvolvimento.

São traços da chamada “sociedade de risco”, termo criado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck cuja análise pairava sobre as mudanças ocorridas entre a sociedade industrial do século XIX e a sociedade moderna (sociedade do risco) do século XX. Enquanto na sociedade industrial “a ‘lógica’ da produção de riqueza domina a ‘lógica’ da produção de riscos”², na sociedade do risco há uma inversão.

Em outras palavras, na sociedade industrial o que se busca entender é como será feita a distribuição da riqueza socialmente produzida, enquanto que na sociedade de risco o que se avalia é a distribuição dos riscos gerados pelas forças produtivas que se desenvolvem em níveis exponenciais durante processo de modernização³.

No contexto de uma sociedade globalizada, portanto, cujos avanços científicos e tecnológicos vem ocorrendo de forma acelerada, ao passo em que proporcionam novas facilidades e comodidades, fazem com que surjam situações de ameaça aos cidadãos comuns, colocando-os em posição de perigo. São nessas situações de ameaça, surgidas no contexto da sociedade pós-industrial que se conceituam como riscos, estes não se confundindo com danos consumados em tempo pretérito, uma vez que aqueles estão relacionados com o tempo futuro⁴.

Ulrich Beck atesta que:

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na

¹ DÍAZ, María José Jiménez. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología. 2014. Disponível em: RECPC 16-08 (2014) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194, p. 2

² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª Edição), p. 15

³ Ibid., p. 23

⁴ TAMBORLIN, Fábio Augusto e SANTANA, Vinícius Cruz. **Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos**. In: GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo César (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.) **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4

extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.⁵

Diante do cenário de democratização dos riscos, as consequências das decisões e ações humanas atingem a todos os cidadãos sem nenhuma distinção. Portanto, aqueles que criaram os riscos através de suas atividades serão, em algum momento, atingidos pelas consequências daquelas ações.⁶

A democratização desses riscos, potencialmente danosos a qualquer esfera da sociedade, qualquer que seja a classe social, aliadas à sensação de insegurança atinentes à sociedade moderna, demonstram a necessidade de existirem gestores de riscos responsáveis por oferecerem condições que visem amenizar a exposição àqueles riscos, proporcionar a vivência coletiva desde que tais ameaças se tornem suportáveis⁷.

O Direito Penal enquanto aparato mais robusto e sólido da esfera jurídica, pode ser um instrumento utilizado para esse fim gerencial. Diante do cenário de constantes mudanças e evoluções, é possível afirmar que o Direito Penal atual está em constante expansão, já que surge como resposta à chamada “sociedade do risco” no intuito de proteger a sociedade moderna desses novos perigos que a compõem⁸.

Contudo, ainda que haja um desejo e manifestações favoráveis para que isso ocorra, há de se ter o cuidado para o seu uso indiscriminado e desmedido na busca da solução para esses novos riscos que ameaçam os interesses supra individuais, o que pode causar uma desmoralização do Direito Penal gerando mais insegurança jurídica, relativização de direitos⁹.

Em outra via, diante das constantes mudanças do mundo globalizado, novos bens jurídicos de natureza supra individuais como meio ambiente, relações de consumo e sistema financeiro, aos quais o Direito Penal, dada a lógica liberalista, vem se moldando de acordo com o novo contexto social. O Direito Penal que antes

⁵ BECK, Ulrick. op. cit. p. 39

⁶ Ibid., p. 44

⁷ TAMBORLIN, Fábio Augusto e SANTANA, Vinícius Cruz. op. cit. p. 10

⁸ Ibid., p. 10

⁹ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 21.

salvaguardava direitos através da repressão de danos *ex post*, passa por um processo de mudança que busca prevenir o dano *ex ante*, ou seja, parte de um Direito Penal repressivo e caminha na direção de um Direito Penal preventivo¹⁰.

Apesar da aparente necessidade de ampliação da intervenção do Direito Penal a fim de amenizar as dificuldades postas pela sociedade pós-industrial como a geração de riscos e possíveis tragédias, existe a necessidade, por outro lado, de se observar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal que diz respeito à restrição imposta à atuação do legislador. Significa dizer que o Direito Penal deve atuar de modo fragmentário e subsidiário às demais áreas do Direito¹¹.

Embora existam severas críticas ao modelo liberal clássico vivenciado no Direito Penal Moderno, a exemplo daquelas sustentadas pela Escola de Frankfurt quando expõe que a tendência expansionista do Direito Penal resulta na criação de novos bens jurídicos, os quais acabam sendo criminalizados por serem condutas que se tornam inadequadas, não por serem condutas socialmente inadequadas¹².

Não se pode olvidar, contudo, que boa parte dessas críticas dirigidas a tal expansionismo, sustenta-se na ideia que o Direito Penal não tem se voltado à sua função primordial, qual seja, a proteção de bens jurídicos mais importantes e pessoais. O que tem se buscado é a proteção de processos sociais que não ocorreram ainda, os quais, claramente, não irá solucioná-los¹³.

Tal problemática não é objeto do presente trabalho, motivo pelo qual será feita apenas uma inserção a respeito da visão trazida por Jesús-María Silva Sánchez¹⁴ quando propõe que o Direito Penal possui duas velocidades.

Na primeira velocidade, referindo-se ao Direito Penal Clássico ou “Direito Penal da ‘prisão’”, deveriam ser obedecidos e mantidos os princípios clássicos do Direito Penal bem como as regras de imputação e os princípios processuais. Já na chamada segunda velocidade, ou seja, aqueles casos nos quais, em lugar da pena de prisão, fosse cominada uma pena de privação de direitos ou, ainda, pecuniária (a exemplo

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção** / Renato de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26.

¹¹ BENEDETTI, Carla Rahal. op. cit. p. 21.

¹² Ibid., p. 40

¹³ Ibid., loc. cit.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 144

que acontece nos crimes de Direito Penal Econômico), aqueles princípios e regras poderiam sofrer uma leve flexibilização, proporcional à sanção cuja intensidade seria menor¹⁵.

Na prática, “o Direito Penal não pode ser o gestor de todas as situações que geram riscos, a intervenção desse ramo do Direito é seletiva”¹⁶. Verificada a incapacidade do Estado de controlar os mais variados riscos, nota-se uma espécie de democratização dessa função gerencial. Para além do Direito Penal e até mesmo do Direito, a gestão dos riscos tem sido repassada, também, aos particulares¹⁷.

É o exemplo existente na Lei 9.613/98¹⁸, conhecida como a lei de lavagem de dinheiro. Considerando a complexidade do crime de lavagem de dinheiro, seus sucessivos atos e fases que buscam conceder um caráter de licitude aos valores obtidos de forma ilícita, o Estado não tem aptidão para gerir e solucionar todos os riscos decorrentes da atividade realizada. Diante desse cenário houve, por força da Lei 9.613/98 a democratização dessa tarefa de gerenciamento dos riscos (e. g.: art. 9º previa dever de entidades privadas comunicarem operações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF)¹⁹.

Via de regra o crime de lavagem de dinheiro corresponde a uma cadeia complexa de ações, envolvendo transações nacionais e internacionais. É um dos delitos que melhor demonstra as características da sociedade de risco. Nesse contexto, o poder público atribui ao setor privado o dever de colaborar na gestão dos riscos que derivam daquele delito²⁰.

Ressalvam, Fábio Tamborlin e Vinícius Santana:

O aspecto fulcral da democratização da gestão de riscos está na forma como eles serão distribuídos, tanto no tocante ao aspecto quantitativo, quanto no que tange ao viés qualitativo. Ao Estado, seja por intermédio do Direito Penal, de outro ramo jurídico, ou até mesmo de um instrumento diverso ao Direito, será reservada a gestão de determinados riscos. Concomitantemente, caberá a setores privados a gestão de outros tantos. A qualidade da gestão dos

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 148

¹⁶ TAMBORLIN, Fábio Augusto e SANTANA, Vinícius Cruz. op. cit. p. 11

¹⁷ Ibid., p. 12

¹⁸ BRASIL, Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 de março de 1998.

¹⁹ TAMBORLIN, Fábio Augusto e SANTANA, Vinícius Cruz. Op. cit. p. 12

²⁰ Ibid., p. 13

riscos, considerados de um modo geral, será diretamente proporcional ao êxito logrado pela distribuição dos riscos²¹.

Sendo assim, diante de um cenário globalizado que provoca alterações não só na esfera tecnológica e científica, mas impõe alterações na política e nos mais variados ramos do Direito, identifica-se uma nova tendência, sobretudo em matéria de Direito Penal Econômico que vem a ser o acolhimento mandamentos éticos e de cumprimento normativo anterior por parte das empresas. “Trata-se da chamada obediência a estamentos próprios, mormente autorregulatórios, tida, aqui, pela nomenclatura, anglo-saxã *compliance*”.²²

É algo bastante comum e evidente no ambiente globalizado no qual nota-se a presença de perspectivas mundiais, ou seja, imposições internacionais que visam uniformizar certos tratamentos. São imposições que passam a se inserir como novas fontes do Direito Penal. Uma vez identificada essa nova realidade, torna-se possível adentrar no estudo do instituto de *criminal compliance*²³.

2.1 COMPLIANCE E CORRUPÇÃO

Atualmente a corrupção tem alcance em escala mundial. Trata-se de uma série de esquemas complexos e sofisticados, práticas fraudulentas que buscam ocultar os rastros dos recursos desviados e proteger aqueles que delas se beneficiam, envolvendo ou não diversos países²⁴. São condutas que historicamente têm sido protegidas por uma espécie de imunidade à intervenção do sistema penal que leva à sensação de impunidade.

O combate à impunidade tem sido um dos principais fins do Direito Penal de extrema importância na modificação do alcance dos princípios e políticas criminais clássicos²⁵. Num aspecto jurídico tal impunidade se relaciona a três situações. A

²¹ TAMBORLIN, Fábio Augusto e SANTANA, Vinícius Cruz. Op. cit. p. 14

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 26

²³ Ibid., p. 27

²⁴ GOTO, Reynaldo. **O combate à corrupção sob a ótica dos objetivos de desenvolvimento sustentável.** In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47

²⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”** In: PUIG, Santiago Mir (Dir.). **Derecho del siglo XXI. Cuadernos de Derecho Judicial VIII.** Barcelona, 2007. p. 330

primeira delas se dá com ausência de qualquer intervenção estatal sobre os fatos. Por conseguinte, por haver uma explícita limitação da punição por meio de leis emanadas do legislativo que acabam garantindo tal impunidade, também chamada de impunidade legal por ação. Por fim, a impunidade também se relaciona com o fato dessas ditas leis não serem extirpadas do ordenamento jurídico, ou seja, é a impunidade legal por omissão²⁶.

Portanto, é necessário compreender como setores privilegiados política e/ou economicamente restam impunes às práticas de crimes e analisar algumas reações, principalmente no campo do Direito Penal, advindas de setores da sociedade no combate à criminalidade dos, então, poderosos.

2.1.1 A reação punitiva à “Criminalidade Dourada”

Assevera Carlos Versele Séverin que o sistema jurídico-penal, em momentos de significativas mutações sociais, está “condenado” à manutenção das desigualdades e das injustiças da ordem estabelecida, estas percebidas na disparidade existente entre o número de cidadãos economicamente desfavorecidos postos diante dos tribunais ou das prisões, fato que não ocorre “na estratificação socioeconômica da delinquência oculta”²⁷. Essa criminalidade, cuja ocorrência sequer chega ao conhecimento do Poder judiciário e não integram as estatísticas dos crimes que não tiveram solução nem, tampouco, foram punidos, é chamada de cifra negra (*dark number, chiffre noir*). Em resumo, trata-se da falta de correspondência entre o número de crimes que ocorreram na prática e os dados oficiais registrados²⁸.

Existe, contudo, determinado grupo de criminosos que gozam de um poder político-econômico e através desse poder agem em detrimento dos cidadãos e da coletividade de maneira impune. É o que Séverin vai intitular como “cifras douradas”²⁹. Diferente dos crimes não contabilizados e que são pertencentes à categoria das cifras negras (e. g.: furtos e roubos) os crimes abarcados pela ideia das cifras douradas são

²⁶ Ibid. p. 334

²⁷ SÉVERIN, Carlos Versele. **A cifra dourada da delinquência**. Revista de Direito Penal, nº 27. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 6

²⁸ PASSOS, Thais Bandeira O. **A neosseletividade do sistema penal: A lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma Aproximação entre a Dogmática e os Aspectos Criminológicos**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2015. p. 63

²⁹ SÉVERIN, Carlos Versele. op. cit. p. 10

crimes contra o meio ambiente, a ordem tributária e o sistema financeiro, por exemplo³⁰.

Nesse contexto a criminalidade dourada diz respeito à prática de atos ilícitos pela classe dominante política e economicamente. São grupos que pela sua posição, seja ela política, social ou econômica garante, de certa forma, uma imunidade à persecução penal ou, na pior das hipóteses gozam de privilégios do próprio sistema penal. Esse grupo de poderosos só se torna vulnerável ao sistema penal quando colide com outra grande potência³¹, numa espécie de disputa hegemônica. Nesses casos se torna comum o sacrifício de um ou outro indivíduo responsável por fatos de natureza delituosa e que não esteja mais a serviço daqueles grupos hegemônicos. O que não foi percebido por aqueles que buscaram um direito penal mais punitivo é que os que foram descobertos de qualquer tipo de proteção fazem parte de uma categoria inferior, ou seja, subalterna, em relação aos que não perderam³².

Luciano Feldens³³ ao fazer referência Edwin H. Sutherland, então responsável pela definição dos *White collar* crimes ou crimes de colarinho branco, comenta que a distorção dos dados referentes às cifras douradas estão relacionados, primeiramente, ao fato daqueles criminosos pertencentes à alta camada social, serem os detentores do poder político e financeiro, o que acaba permitindo que aquelas pessoas consigam se livrar da prisão e de condenações quando comparadas com os indivíduos de classes menos favorecidas. Elas conseguem arcar com os custos de advogados especializados e até mesmo causar certa influência no sistema judicial a seu próprio favor³⁴.

Para além disso é importante ressaltar mais um aspecto que diz respeito à diferenciação de tratamento entre a classe abastada e a classe economicamente desfavorecida. Ao contrário destes criminosos, aqueles das classes política e economicamente dominantes, em regra, relacionam-se socialmente com figuras que

³⁰ PASSOS, Thais Bandeira O. op. cit. p. 64

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca de las penas perdidas: Deslegitimacion y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1998. p. 113.

³² KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Relume-Dumará. Rio de Janeiro, nº 1, ano 1, 1996. p. 81

³³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e os crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002. p. 133

³⁴ FELDENS, Luciano. Loc. cit.

serão responsáveis por processá-los e julgá-los o que culmina numa certa amenização do estigma de criminosos que realmente são. É um tipo de aproximação que, sutilmente, se instala na consciência do operador do Direito e faz com que este enxergue o crime como mera oposição legislativa que, embora indesejável, não pode ser comparada a crimes graves³⁵.

Por força da teoria da associação diferencial cunhada por Sutherland, os crimes cometidos por aqueles poderosos eram vistos como um comportamento comum àquele setor da sociedade e, por isso, não sustentavam o estigma de condutas reprováveis frente aos crimes de furto, roubo ou outros delitos associados à criminalidade de massas. Sendo comportamentos, frequentemente, assimilados pelos poderosos o comportamento criminoso acabava sendo socialmente aceito como forma de fazer negócios³⁶.

Outro fator apontado por Feldens, considerado por Sutherland como o mais importante, é que nesse tipo de crime as consequências acabam ocorrendo em instâncias extrapenais ou administrativas, em lugar das instâncias penais. Ou seja, nos casos de crimes do colarinho branco o tratamento tende a ser dado na esfera cível e não na esfera criminal³⁷.

Em que pese a teoria de Sutherland ajudar na compreensão de que fazer negócios, segundo o as normas vigentes, não é interessante, já que a conduta ilícita potencializa os lucros e favorece os administradores e dirigentes das empresas, não se pode cair em generalizações, pois nem todo dirigente de uma pessoa jurídica é criminoso e, muito menos, tem o desejo de copiar condutas ilícitas praticadas por outrem³⁸.

Toda essa gama de fatores, associada aos privilégios do sistema penal que alcança a classe dos poderosos, acabou desencadeando um distanciamento de setores da esquerda dos ideais abolicionistas e de intervenção mínima do direito penal, aproximando-os da ideia de expansão da reação punitiva àquelas condutas antes não alcançadas pelo Direito Penal³⁹. Nos dizeres de Maria Lúcia Karam:

³⁵ FELDENS, Luciano. op. cit. p. 156

³⁶ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'plácido. 2018. p. 27

³⁷ Ibid., p. 133

³⁸ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. op. cit., p. 27-28

³⁹ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 79

(...) aqueles amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e econômico.⁴⁰

Entretanto, o combate à corrupção não ocorre somente através de uma maior reação punitiva do Estado ou pela luta contra a impunidade dos poderosos, pois se apegar a essas ideias é entender que as práticas de corrupção e a impunidade seriam extirpadas única e exclusivamente por um aumento no rigor repressivo, o que não é o seu objetivo⁴¹. Sem embargo, as práticas irregulares devem ser erradicadas através de uma ação coordenada e de mecanismos regulatórios que possam proteger não só a integridade moral como, também, a reputação de dada atividade através de programas de cumprimento, também conhecidos como programas de *Compliance*.

2.2 PROGRAMAS DE COMPLIANCE E CONTROLE DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

O instituto do *compliance* teve sua origem na década de 90, mas não se sabe com precisão em qual área ocorreu. O que se percebe é a notoriedade que tem sido dada à expressão *compliance*, a qual vem sendo objeto de estudos dogmáticos e criminológicos. A ideia por trás do *compliance* vem de sucessivos casos de escândalos de corrupção envolvendo multinacionais que de maneira endêmica foi se consolidando como prática corriqueira na cultura nacional e de outros países em desenvolvimento. Tais escândalos foram expostos por força da atividade dos departamentos de *compliance* das próprias empresas envolvidas em casos de corrupção⁴².

Em 1999 passou a vigor a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

⁴⁰ Ibid., p. 79-80

⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. op. cit., p. 82

⁴² SUSS, Samuel. **Compliance: Auxílio no combate à corrupção**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIX, n 432. p. 66

(OCDE) que foi o ponto de partida para uma onda internacional de combate à corrupção, embora não tivesse, naquele momento, o efeito esperado⁴³.

No Brasil é certo que o seu surgimento no campo jurídico, sobretudo no Direito Penal foi ocasionado, principalmente, com a Lei 9.613 de 03/03/1998, conhecida como a “Lei de lavagem de capitais” que foi significativamente alterada pela Lei 12.683/2012 e da resolução nº 2.554 de 24/09/1998 do Conselho Monetário Nacional⁴⁴. Além disso, foi expressão amplamente utilizada na tão conhecida Ação Penal nº 470/MG, conhecida como o “Escândalo do Mensalão”⁴⁵.

A expressão vem do verbo inglês *to comply* e se refere, segundo Carla Rahal Benedetti:

(...) aos sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores.⁴⁶

Trata-se de um conceito que em nada é novo, pois está ligado ao dever de agir em conformidade com a legislação, regulamentos internos ou externos e diretrizes para, estrategicamente, “minimizar os riscos reputacionais e legais aos quais a empresa está sujeita, caso ocorram práticas de corrupção e/ou lavagem de dinheiro. Para mitigar os riscos, a estratégia é a prevenção”⁴⁷.

Assim, no universo corporativo e institucional o *Compliance* é responsável pela introdução de um conjunto de regras e diretrizes que deverão ser observadas pelos seus representantes e agentes, a fim de garantir o cumprimento de normas legais e regulamentares, políticas e orientações estabelecidas pelas suas atividades, bem como a implementação de recursos que possibilitem a identificação e tratamento de quaisquer inconformidades que possam existir⁴⁸.

⁴³ SUSS, Samuel. loc., cit.

⁴⁴ SAAVEDRA, Giovanni A. **Reflexões iniciais sobre o criminal compliance**. Boletim IBCCRIM, v. 18, n. 118, jan. 2911b, p. 11-12

⁴⁵ DAVID, Décio Franco. **Compliance e corrupção privada**. In: GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo César (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.) **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203

⁴⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. op. cit. p. 75.

⁴⁷ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104

⁴⁸ BENEDETTI, Carla Rahal. Op. Cit. p. 80

Segundo a ISO 19600:2014, no item 3.17, *Compliance* significa “cumprir todas as obrigações de conformidade da organização”. Em sentido inverso, o item 3.18 define a expressão *non-compliance* como o “não cumprimento de uma obrigação de conformidade”⁴⁹

Portanto, o principal objetivo do *Compliance* é a prevenção de riscos juridicamente relevantes a partir do cumprimento de normas e diretrizes empresariais bem estabelecidas. “Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade”⁵⁰.

Quando tais regras e diretrizes são voltadas para a prevenção ao cometimento de ilícitos penais, denomina-se, segundo a doutrina penal, *criminal compliance*. Retira-se o foco apenas do risco empresarial ampliando o alcance para questões relacionadas ao próprio conceito de *compliance*, ou seja, a antecipação aos riscos de responsabilidade das empresas pelo não cumprimento das normas legais, tornando a prevenção em um conceito fundamental não só do ponto de vista empresarial, mas do ponto de vista jurídico⁵¹.

2.2.1 Definição: O que é *Criminal Compliance*?

O estudo do *criminal compliance* tem se desenvolvido com o objetivo de diminuir o distanciamento das políticas de *compliance* do Direito Penal e da Criminologia, uma vez que todos os membros de uma organização (quer sejam membros da alta direção, quer sejam funcionários de hierarquias inferiores) estão expostos aos riscos de sofrerem uma persecução penal⁵².

Carla Veríssimo entende que o *criminal compliance* é:

Aquele que se destina a evitar a ocorrência de delitos praticados por meio ou no interesse da empresa, bem como a eximi-la de penalidade ou mitigar as

⁴⁹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO 19600. **Compliance management systems: - guidelines. Systèmes de management de la conformité – Lignes Directrices, itens 3.17 e 3.18.** Disponível em: < https://portaldagestaoderiscos.com/wp-content/uploads/2017/12/ISO_19600_2014en.pdf/>. Acesso em: 05/11/2018

⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 255

⁵¹ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales.** In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Director); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coordinadora). **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 143

⁵² SAAVEDRA, Giovanni A. op. cit. p. 11-12

sanções impostas, quando eles ocorrem, e, mais especificamente, o *compliance* com as normas anticorrupção⁵³

Os programas de *compliance* tiveram sua ascensão marcada no âmbito dos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção. No primeiro deles, os programas de *compliance* se desenvolveram no setor financeiro e estavam direcionados, mormente, aos colaboradores e setores responsáveis pelo dever de cadastrar clientes, registrar as operações e comunicar eventuais operações suspeitas às unidades de inteligência financeira⁵⁴.

Em relação ao segundo crime, ainda que a responsabilização dos agentes ocorra, numa primeira análise, na esfera cível ou administrativa, as medidas de *compliance* para fins de prevenção da corrupção na legislação brasileira se inspiram, na legislação norte-americana e tem servido de incentivo às empresas nacionais na busca por mecanismos e condutas de integridade⁵⁵.

É importante frisar, entretanto que há uma relação direta e estreita entre os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção, vez que este necessitará de um processo de lavagem dos recursos necessários sem que seja percebida a ilegalidade dos mesmos na circulação no sistema financeiro interno de modo que, melhorando os programas de *compliance* em relação aos crimes de lavagem de dinheiro, poderá haver, conseqüentemente, uma redução nos níveis de corrupção de um país⁵⁶.

Contudo, o combate à corrupção ou crimes de lavagem de dinheiro através de programas de *criminal compliance* trazem uma série de implicações jurídico-penais. O Direito Penal, sobretudo na seara do Direito Penal Econômico, além de ter diante de si a árdua tarefa de compreender os novos conceitos e novos bens jurídicos a serem tutelados, por exemplo, tem que estar atento aos reflexos que recairão sobre os indivíduos envolvidos na chamada por Raquel Fernández de “nova realidade empresarial”⁵⁷. A autora conclui: “quando nos referimos ao *Criminal Compliance*, não só temos que levar em conta as conseqüências jurídicas que isso acarreta para a

⁵³ VERÍSSIMO, Carla. op. cit. p. 102

⁵⁴ VERÍSSIMO, Carla. loc. Cit.

⁵⁵ Ibid., p. 103

⁵⁶ YEPES, Concepción Verdugo. **Compliance with the AML/CFT international standard: lessons from a cross-country analysis.** IMF Working Paper, WP/11/177. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp11177.pdf>>. Acesso em: 05/11/2018

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. op. cit. p. 154

própria empresa, mas também para os indivíduos que participam do *Compliance*⁵⁸ (tradução livre do autor).

Neste diapasão, é fundamental apontar que para falar de *criminal compliance* deve-se perceber que seu conceito está muito além do mero cumprimento de normas do Ordenamento Jurídico, englobando a autorregulação da sociedade empresária com reflexos no Direito Penal Repressivo. Em outras palavras, para além de cumprir as normas legais, morais e éticas, é necessário a criação de mecanismos internos estruturados pela sociedade empresária a fim de que ela, seus dirigentes e funcionários atuem de modo a organizar a atividade empresarial, evitando ou diminuindo os riscos da prática de crimes⁵⁹.

Para melhor entender quais são as consequências jurídicos-penais do *Criminal Compliance*, é necessário discorrer sobre a estrutura e funcionamento dos programas de *Compliance*.

2.2.2 Elementos estruturais dos programas de *Compliance*: A realidade brasileira

Conforme exame em tópico anterior os programas de *compliance* dizem respeito, em resumo, ao conjunto de condutas que visam estar em conformidade com normas jurídicas e diretrizes empresariais a fim de diminuir os riscos provenientes da atividade empresarial, bem como diminuir os riscos de cometimento de ilícitos.

Antes de adentrar na análise dos elementos estruturais dos programas de *Compliance*, propriamente ditos, é de suma importância frisar que tais programas não devem ser vistos como ferramentas burocráticas e documentais. Para além disso, trata-se de um mecanismo que intenta colaborar para o progresso do país, sobretudo no que diz respeito ao combate à corrupção, levando as corporações à busca incessante pela integridade e não somente ao mero cumprimento das normas vigentes. O importante não é somente estar em conformidade, mas fazer o certo, independente de legislação, códigos e normas⁶⁰.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. loc. cit.

⁵⁹ LUZ, Ilana Martins. ***Compliance e omissão imprópria***. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'plácido. 2018. p. 24-25

⁶⁰ GIOVANINI, Wagner. ***Programas de Compliance e anticorrupção: Importância e elementos essenciais***. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Coord.).

A implantação de um programa de Compliance deve levar em consideração, principalmente, o porte da empresa, observando questões internas e externas da organização que sejam relevantes para alcançar seus objetivos e que possam interferir no cumprimento das metas na prevenção da corrupção. De acordo com Carla Veríssimo⁶¹ a ISO 370001, norma criada para auxiliar no combate à corrupção através de sistemas de gestão antissuborno, lista como pontos importantes a serem considerados na estruturação dos programas de *Compliance*: o tamanho e estrutura da organização; a autoridade responsável por tomada de decisões; os locais nos quais a organização pretende operar ou já esteja operando; a natureza das atividades, assim como sua escala e complexidade, etc.

Nesse contexto, é necessário analisar, brevemente, como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina os programas de cumprimento e os seus elementos essenciais, principalmente, à luz da Lei Nº 12.846/2013 e do Decreto Nº 8.420/2015.

2.2.2.1 Tratamento normativo: Lei 12.846/2013 e Decreto Nº 8.420/2015

A Lei 12.846/2013 faz referência à “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”⁶² que serão levados em conta nos casos de aplicação das sanções ali descritas. Seguindo essa lógica, o Decreto Nº 8.420/2015 reforça, ainda, que além da aplicação efetiva dos códigos de conduta, deverão ser aplicadas, também, políticas e diretrizes que busquem identificar e remediar os atos ilícitos cometidos contra a administração pública, assim como fraudes, desvios e irregularidades⁶³. Nesse mesmo sentido, a Lei

Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 53

⁶¹ VERÍSSIMO, Carla. Op. Cit. p. 276

⁶² Art. 7º, inciso VIII, (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 26/11/2018).

⁶³ “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.” (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências., Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em:

9.613 de 1998 – a lei de lavagem de capitais – alterada pela Lei 12.683 de 2012 traz no inciso III do artigo 10⁶⁴, sem trazer expressamente o instituto do *compliance*, que deverão ser adotadas políticas, procedimentos e controles internos.

Partindo dessas definições é possível extrair do artigo 42 do Decreto Nº 8.420/2015⁶⁵ alguns elementos básicos que devem existir para que um programa de *compliance* tenha sua efetividade reconhecida, quais sejam: o comprometimento da alta direção da empresa, também chamado de *tone at the top*⁶⁶; a implantação de mecanismos de controle e supervisão (auditorias internas ou externas), canais de denúncia de irregularidades acessível tanto para colaboradores e dirigentes, quanto

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018).

⁶⁴ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes. (BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 26/11/2018).

⁶⁵ “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 27/11/2018).

⁶⁶ VERÍSSIMO, Carla. Op. Cit. p. 285

para terceiros (e. g. páginas de internet)⁶⁷; medidas disciplinares em caráter progressivo a serem aplicadas nos casos de violação ao programa de cumprimento, normas legais ou regulamentares⁶⁸; procedimentos que assegurem a imediata interrupção de irregularidades e remediação dos danos gerados; monitoramento contínuo do programa de integridade com vistas ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate aos atos lesivos.

Os elementos do programa de *compliance* mencionados acima, tem influência direta na esfera jurídica, não só da empresa que opta por implementar um programa de integridade, mas na esfera jurídica de seus empregados, colaboradores, dirigentes e parceiros, sobretudo em situações nas quais haja a suspeita ou o efetivo cometimento de um ilícito, cuja ocorrência ensejará a abertura de processos de investigação, onde será apurada a possível responsabilidade daqueles designados para formular e liderar o programa de *compliance* (*Compliance Officer*), assim como a possível exposição de todos os envolvidos, os quais devem ser protegidos contra toda sorte de abuso.

Desta forma o próximo capítulo tratará da repercussão do instituto do *criminal compliance*, analisando a possibilidade de responsabilização do *Compliance Officer* pelo cumprimento dos deveres e os mecanismos de investigação interna para apuração das violações aos programas de *compliance*.

⁶⁷ VERÍSSIMO, Carla. Op. Cit. p. 286

⁶⁸ Ibid., p. 301

3 ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

Os programas de cumprimento são manifestação de uma nova realidade do direito penal que, conforme demonstrado alhures, tem se distanciado do seu viés repressivo e parte em direção a um viés preventivo. Busca-se, principalmente, identificar os riscos da atividade empresarial, evitar a consumação crimes pelas pessoas jurídicas ou, uma vez consumados, que sejam devidamente investigados e punidos. Na sociedade de controle o *criminal compliance* resulta dessa nova racionalidade penal onde se aplica uma lógica gerencialista e atuarial através de monitoramento das atividades empresariais que estejam expostas ao risco de cometimento de crimes⁶⁹.

Embora se apresentem como uma ferramenta viável na prevenção e no combate à criminalidade empresarial os programas de cumprimento trazem alguns problemas que devem ter a devida atenção no presente trabalho. O primeiro deles diz respeito à transferência da responsabilidade para os diretores, pelo que é necessário verificar até que ponto o profissional de *compliance* (*compliance officer*) poderá ser responsabilizado por falhas que possa cometer no desempenho de suas atribuições⁷⁰. O segundo problema diz respeito ao procedimento de investigação privada, realizado em casos de violação ao programa de *compliance*, às normas legais ou regulamentares⁷¹. Antes disso, porém, serão feitas algumas considerações a respeito da transferência da responsabilidade penal por força do *criminal compliance*.

3.1 *CRIMINAL COMPLIANCE* E A TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade penal, *de per si*, já tem sobre si uma carga problemática significativa e o tratamento dado pela jurisprudência brasileira é, perigosamente, simplista, sobretudo quando se trata de situações que lidam com novos limites penais, a saber: sobre quem deve recair a responsabilidade pelo cumprimento dos deveres impostos ou, em melhor colocação, quem será penalmente e individualmente

⁶⁹ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos da Silva Souza. **Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Salvador, v. 4, n. 1, 2018. p. 99

⁷⁰ TONIN, Alexandre Baraldi. **Compliance: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade**. Revista dos Tribunais. vol. 983. ano 106. São Paulo: Ed. RT. p. 275

⁷¹ VERÍSSIMO, Carla. Op. Cit. p. 297

responsabilizado pelo não cumprimento dos deveres extraídos dos programas de *compliance*⁷². Para Carla Rahal Benedetti:

Na chamada 'Sociedade do Risco', aumenta cada vez mais a exposição dos gestores de uma empresa em responder, na qualidade de réus, a condutas delitivas, que não necessariamente foram por eles praticadas, mas que o expansionismo do Direito Penal tem frequentemente determinado, como resposta aos anseios da sociedade moderna, contemporânea e globalizada⁷³.

Contudo, a individualização da responsabilidade não parece uma tarefa tão simples dada a complexidade, por exemplo, da criminalidade que ocorre na empresa – esta referindo-se aos danos causados por colaboradores da empresa à ela própria ou a outros colaboradores que dela fazem parte⁷⁴. Tal complexidade reside no fato de existirem diversas divisões funcionais dentro de uma empresa, quer seja nas relações horizontais, quer seja nas relações verticais (hierárquicas)⁷⁵ o que acaba por dificultar a individualização da responsabilidade, recaindo sobre os dirigentes da empresa a responsabilidade por atos delitivos que nem sempre foram de sua autoria ou tiveram sua participação.

O *criminal compliance* passar a ser visto, então, como uma ferramenta necessária para trazer esclarecimento sobre a questão da individualização da responsabilidade penal⁷⁶, principalmente quanto aos crimes que envolvem os bens jurídicos de interesses difusos e coletivos. As questões da responsabilidade, portanto, quando analisadas em relação aos programas de *compliance*, tornam-se mais simples, pois em caráter inicial, cuida de estabelecer a responsabilidade comissiva por omissão do dirigente que deixou de criar um programa de *compliance* ou, tendo criado, não cuidou para que fosse um programa eficaz, ineficiente, não observando, assim, o dever de cuidado quanto em relação à criminalidade empresarial⁷⁷.

Assim, o dever de garante do empresário estaria presente por força da legislação especial que determina a obrigação das empresas instituírem seus

⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 128

⁷³ Ibid. p. 91

⁷⁴ SCHÜNEMANN, B. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de la política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 41, 1998. p. 530.

⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 129

⁷⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. Op. Cit. p. 51

⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 132

programas de *compliance*. A noção de responsabilidade penal individual trazida pelos programas de cumprimento existe para obrigar a adoção de medidas de prevenção da responsabilidade da pessoa jurídica. Assim, o papel do *compliance* perpassa pela individualização das responsabilidades, alcançando apenas aquele que assumiu o dever de vigilância e não todos os sócios da empresa, por exemplo⁷⁸. Em suma, o Estado delega a função de prevenção de ilícitos às empresas que devem fazer mediante criação dos programas de *compliance*⁷⁹. Mesmo havendo uma delegação estatal da função de autovigilância, autorregulação regulada ou prevenção de ilícitos, a decisão por implantar ou não um programa de cumprimento acaba recaindo sobre pessoas físicas sendo necessária a análise do grau de responsabilidade delas.

O dever de vigilância ou de *compliance* se manifestam de diversas maneiras dentro de uma empresa. Seja nas relações verticais, entre a alta diretoria, a gerência e os funcionários, seja nas relações horizontais entre o Conselho de Administração, por exemplo, as noções de prevenção do cometimento de ilícitos, mitigação dos riscos da atividade, da busca por uma conduta ética e socialmente aceitável deve estar inter-relacionados. Ainda que o papel de garante esteja, inicialmente, ligado à figura do empresário, este poderá delegar tais encargos para um terceiro que ficará responsável pela implementação e efetivação do programa de *compliance*. Essa delegação transfere o encargo de garantidor ao então chamado de *compliance officer*⁸⁰.

A possibilidade dessa transferência da posição de garante do empresário para um terceiro tem sido alvo de discussões acerca da responsabilização penal dos *compliance officers*.

3.2 DEFINIÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER

Ratificando o que foi posto na seção anterior, as pessoas jurídicas, através dos programas de *compliance*, tem o dever buscar a prevenção e identificação dos possíveis delitos no ambiente corporativo. É um dever que lhes é imposto que, sendo descumprido, aumenta a probabilidade da ocorrência de crimes devendo,

⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. loc. cit.

⁷⁹ Ibid. 135

⁸⁰ Ibid. 141

portanto, ser observado por pessoas físicas que as representam⁸¹. Gómez-Aller aduz que "Os administradores serão responsáveis em primeira instância que as tarefas que este dever implica (...) sejam realizadas" – tradução do autor⁸². Por sua vez, dependendo da extensão e complexidade da empresa, os administradores ou representantes legais poderão delegar o dever de vigilância dos programas de cumprimento e a condição de garantidor para terceiros que, por sua vez, poderão delegar a outras diferentes pessoas⁸³.

A garantia de eficácia dos programas de *Compliance* é tida a partir da fiscalização de procedimentos realizados por funcionários. Partindo dessa fiscalização é possível verificar a ocorrência, ou não, de quaisquer formas de irregularidades e desvios. Para tanto, é necessário que se designe a um grupo de funcionários ou, ainda, a apenas um funcionário, dependendo do porte da empresa, a incumbência de estruturar um programa de *Compliance* e a verificação do seu cumprimento⁸⁴.

A essas pessoas responsáveis por encabeçar o programa de *compliance* e garantir o seu funcionamento a fim de prevenir o cometimento de condutas ilícitas é chamado de *compliance officer*⁸⁵. Conforme já mencionado a estruturação e condução dos programas de cumprimento pode ser exercida por um grupo de funcionários, cuja liderança será exercida por um chefe – também chamado de *Chief Compliance Officer* – ou a um funcionário apenas. O responsável pelo *Compliance* dentro de uma organização será, nas palavras de Ilana Martins Luz⁸⁶, um "promotor da integridade da organização que terá a seu cargo o programa de treinamento. Em que pese todos os membros do programa de *compliance* serem responsáveis pelo seu sucesso, o protagonismo está direcionado ao *Compliance Officer* por ser, ele, o principal gestor do programa de cumprimento⁸⁷.

Outro aspecto fundamental para o sucesso do programa é qual a posição hierárquica do *Compliance Officer* dentro da empresa. De acordo com o guia *Foreign*

⁸¹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tónica.** In: ZAPATERO, A.; MARTÍN, N. **El Derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 165

⁸² "Los administradores serán em primera instancia los responsables de que las tareas que comporta dicho deber (...) sean llevadas a cabo". GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. loc. cit.

⁸³ Ibid. loc. cit.

⁸⁴ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria.** 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'plácido. 2018. p. 133

⁸⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 142

⁸⁶ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria.** loc. cit.

⁸⁷ Ibid. loc. cit.

Corrupt Practices Act (FCPA)⁸⁸ é necessário que o responsável pelo programa de cumprimento deve estar numa posição hierárquica próxima da alta administração da empresa para que ele possa comunicar diretamente com ela a respeito de irregularidades, incluindo aquelas cometidas por membros dos altos cargos da organização, caso contrário, havendo subordinação do *Compliance Officer* à diretoria de uma empresa, não seria possível que ele atuasse de forma independente na busca por eventuais falhas do programa de *Compliance*. Indo além, o *Compliance Officer* deve possuir, além da independência funcional, estabilidade e autonomia de modo que sua atuação não seja conduzida por medo de sofrer alguma espécie de represália⁸⁹.

Foi na Alemanha, por meio da sentença do BGH de 17 de julho de 2009, que se notou uma responsabilização penal por violação do dever de prevenir e evitar a prática de delitos imposta em função do cargo ocupado por alguém. Silveira e Saad-Diniz de forma resumida, mas didática, descrevem o que ocorreu naquela ocasião:

Um acusado 'A' era membro da comissão que detectou o erro, mas nada fez, enquanto um acusado 'B' era tido como responsável pela mesma comissão. Após o julgamento, o Tribunal condenou 'B' como autor mediato de uma fraude, enquanto 'A' foi condenado como seu cúmplice, uma vez que entendeu-se que 'B' detinha posição de garante enquanto diretor. Em outras palavras, ele, como garante, teria o dever de impedir os delitos que surjam na empresa, por partes de seus membros.⁹⁰

Nesse contexto o que ficou evidente foi a necessidade de uma contrapartida de um dever assumido perante a alta direção da empresa a fim de impedir crimes. Cabe dizer que o *compliance officer*, enquanto funcionário responsável por dirigir o programa de *compliance*, bem como realizar o controle interno, é garantidor por delegação do titular da empresa. A sua missão perpassa pela implementação e cumprimento dos códigos de conduta tidos como alinhados às normas estatais⁹¹.

Para Gómez-Allez, quando se fala do *compliance officer* se faz referência a uma instância que vai muito além da mera execução das medidas de *compliance* e de

⁸⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities and Exchange Commission. **A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Washington, D.C., 2012b. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 07/12/2018.

⁸⁹ LUZ, Ilana Martins. op. cit. 133

⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 143

⁹¹ Ibid. p. 144

prevenção. Ao contrário, suas competências passam não só pelo cumprimento de um programa de *compliance*, mas também pelo desenvolvimento e manutenção de políticas e procedimentos internos para que a empresa e seus colaboradores não incorram em graves delitos para atingir seus objetivos sociais⁹².

O *compliance officer*, como se pode notar, não tem as suas funções muito bem definidas em termos legais além das que já foram mencionadas devendo, contudo, guardar consonância com o FCPA⁹³. No cenário brasileiro, por exemplo, o termo *compliance officer* não se faz presente, mas o inciso IX do artigo 42 do Decreto N° 8.420 de 2015 diz que, para fins de avaliação dos programas de integridade, um dos parâmetros a ser levado em conta é a “independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização do seu cumprimento”⁹⁴.

No âmbito da política antilavagem de capitais, o a nomeação do *Compliance Officer* é exigência do artigo 3º da Carta Circular n. 1 de 2014 do COAF. Pelo referido artigo as pessoas jurídicas deverão indicar um administrador que será responsável pelo cumprimento das obrigações previstas na Lei 9.613/1998. Além disso, por força do parágrafo único do referido artigo, aquele administrador poderá nomear, sob sua responsabilidade, um subordinado para manuseio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (SISCOAF)⁹⁵.

Não existindo um perfil profissional definido, é possível que os responsáveis pelo *compliance* nas diversas empresas tenham funções distintas. Deveres de

⁹² GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 168

⁹³ LUZ, Ilana Martins. op. cit. p. 134

⁹⁴ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 27/11/2018

⁹⁵ “Art. 3º As pessoas jurídicas de que trata o art. 1º deverão indicar administrador, que responderá, junto ao COAF, pelo cumprimento das obrigações previstas nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998, em relação ao qual deverão ser fornecidos os dados de identificação e de contato exigidos da pessoa física, na forma do Anexo a esta Carta-Circular. Parágrafo único. O administrador poderá designar pessoa de sua responsabilidade para operacionalizar o SISCOAF, não delegando a este, porém, a responsabilidade acima citada”. FAZENDA, M. D. Carta-Circular nº 1, de 1º de Dezembro de 2014. **Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998.**, 1 Dezembro 2014. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

vigilância e controle que em muitas organizações concentram-se sobre o *compliance officer*, em outras podem depender do Diretor de Recursos Humanos, Diretor de Tesouraria, etc. Além disso a busca pela prevenção dos riscos pode estar sob a responsabilidade de um órgão colegiado ou unipessoal integrantes de órgãos diretivos⁹⁶.

O fato de não existir um conceito exato de quais são as funções do *compliance officer*, bem como o detalhamento do seu perfil, resulta em algumas implicações, sobretudo na análise de sua responsabilização no cometimento de ilícitos em uma empresa ou se ele tem, ou não, dever de garante e como deve ser aferido o grau de sua omissão⁹⁷.

3.2.1 O problema da responsabilidade do *Compliance Officer* e sua condição de garantidor

O dever de garante, segundo Ilana Martins Luz, é um dos requisitos essenciais ao juízo de tipicidade nos crimes omissivos impróprios, uma vez que se configura como um dever que está direcionado a determinados sujeitos e lhes impõe a obrigação de agir para evitar determinado resultado e, por consequência, não serem responsabilizados como se tivessem dado causa a tal resultado. Além disso, ressalte-se, o dever de garante é requisito para verificação da autoria no caso dos crimes omissivos impróprios, sendo delitos especiais quanto ao sujeito⁹⁸.

Conforme visto anteriormente, a delegação do dever de vigilância e prevenção não exime o empresário de sua responsabilidade, tampouco a sua posição de garantidor. Há apenas uma mudança de perspectiva: o empresário sai da posição de responsável direto pela prevenção de eventos lesivos e assume o dever de supervisão e vigilância do trabalho realizado por aquele a quem foi delegado o dever de vigilância⁹⁹, ou seja, a questão central é: como o empresário deve supervisionar o trabalho do *compliance officer*? Tal questionamento conduz a uma bipartição dos

⁹⁶ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. loc. cit.

⁹⁷ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 169

⁹⁸ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'plácido. 2018. p. 203

⁹⁹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 173

deveres de vigilância que ainda é pouco desenvolvida na doutrina espanhola, mas Gómez-Aller traz para a discussão¹⁰⁰.

A primeira classificação diz respeito aos deveres de supervisão ativos, através dos quais serão exigidos do empresário, então delegante, a realização de tarefas de supervisão como inspeções ou auditorias, por exemplo, com certa periodicidade e constância. Em seguida, vem os deveres de supervisão reativa, ou seja, o delegante só vai agir quando surgirem indícios de que esteja ocorrendo algo diante do qual está obrigado a reagir, devendo receber relatórios, periodicamente¹⁰¹.

É de se considerar, contudo, que numa primeira via são os representantes das empresas que ostentam o dever de garante, ou seja, os gestores de fato, cuja tarefa reside na verificação e controle dos focos de perigo. É uma posição institucional de dever¹⁰². Partindo deste princípio, cumpre entender como se manifesta a condição de garantidor do *Compliance Officer* e os deveres oriundos de tal condição.

3.2.1.1 Deveres de garante do *Compliance Officer*

Visto que aos empresários é facultada a delegação do dever de vigilância a terceiros, é importante fazer a ressalva de que eles serão dotados daqueles deveres de garante com a mesma medida imposta aos empresários. Contudo há uma falsa ideia de que o oficial de cumprimento deverá, obrigatoriamente, impedir qualquer modalidade de conduta ilícita dentro da empresa.

Ora, para que isso fosse realidade o *Compliance Officer* não deveria estar restrito apenas à função de assessoria administrativa, ao contrário, suas atribuições deveriam alcançar o alto escalão da companhia. Deverá assumir, sim, a responsabilidade de prevenir o cometimento de ilícito, mas não como um mero fiscal, “aproximando-se da função de um criminólogo, o qual tem que controlar tudo o que se passa na empresa, para, em tempo, passar aos canais competentes”¹⁰³. Ocorrendo falhas no dever de vigilância e tendo deixado de figurar como *extraneus* e assumindo a figura de *intraneus* o *Compliance Officer* seria, sim, responsável por tais falhas. Em

¹⁰⁰ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. loc. cit.

¹⁰¹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 173

¹⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 145

¹⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. loc. cit.

suma, os que são hierarquicamente superiores tem posição de garante diante das possíveis condutas dos seus subordinados¹⁰⁴.

De acordo com Silveira e Saad-Diniz, as noções de garante podem se dar em duas dimensões distintas: a primeira seria uma dimensão *ad intra*, ou seja, cuja orientação é voltada para que seja possível evitar os resultados lesivos para a própria empresa. A outra dimensão, *ad extra*, seria orientada para a prevenção de resultados lesivos que possam atingir pessoas externas por causa de atividades praticadas por membros da própria empresa¹⁰⁵.

Como não dispõe de poderes executivos dentro da empresa, o dever de garante do *Compliance Officer* não é total e, portanto, ele não tem o dever de impedir que os delitos ocorram, mas, tão somente, deve conhecer todo o conjunto de regras internas e externas. Dessa forma, detectando alguma não conformidade entre uma conduta institucional e o programa de cumprimento, ele (*Compliance Officer*) deverá lançar mão dos canais de denúncia e informar aos responsáveis com a devida urgência, independente de possuir ou não poderes de decisão dentro da companhia, sob o risco de responder por eventuais omissões, já que assumiu, a partir da delegação do dever de vigilância, papel de *intranseus* do eventual delito¹⁰⁶.

O já mencionado inciso IX do artigo 42 do Decreto Nº 8420/2015 não traz de forma detalhada quais seriam, por exemplo, os meios de fiscalização de cumprimento. Caberá ao empresário definir qual a maneira que executará as tarefas do programa de *Compliance* e como será constituído o *Compliance Officer* (se será unilateral, colegiado, se as funções serão repartidas entre setores já existentes, e. g. Setor Pessoal para questões disciplinares ou Setor de Tesouraria para controle de movimentações financeiras)¹⁰⁷. Portanto, impende analisar como pode se dar a responsabilidade penal por omissão do *Compliance Officer* nas principais funções, por ele, desenvolvidas.

¹⁰⁴ Ibid. p. 148

¹⁰⁵ Ibid. loc. cit.

¹⁰⁶ Ibid. p. 149

¹⁰⁷ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 177

3.2.1.2 A omissão relativa ao dever de implantação e desenvolvimento de um programa de Compliance

Os programas de cumprimento, segundo Gómez-Aller são compostos por uma gama de tarefas a serem desenvolvidas na sua implementação que vão desde procedimentos dirigidos à detecção e controle de condutas ilícitas; procedimentos constantes de treinamento a fim de que todos os colaboradores, desde o mais alto cargo (*tone at the top*) ao cargo hierarquicamente mais inferior, saibam do que se trata, quais condutas são proibidas pelas normas internas e externas, assim como os limites impostos por elas; estabelecimento de canais de denúncia interna, garantindo a devida proteção à pessoa do denunciante; regulação do fluxo de informações e relatórios, etc. Tudo isso para criar a ideia de que a conduta infratora é a opção menos interessante¹⁰⁸.

Como avaliar o grau de responsabilidade do *Compliance Officer* quanto à implementação e desenvolvimento de um programa de cumprimento? Pode-se analisar, por exemplo, os casos de alteração de procedimentos já existente nas empresas (e. g. um novo procedimento de pagamento para evitar pagamentos ilícitos e lavagem de dinheiro) ou, então, a criação de um procedimento completamente novo¹⁰⁹.

É certo que na realidade empresarial atual as empresas contratam pessoas especializadas em *Compliance* para dar andamento aos seus programas de cumprimento. Não é esse o caso. Importa analisar a questão do exemplo onde é designado pela alta direção que uma pessoa ou uma equipe interna seja responsável por implantar e desenvolver medidas de prevenção¹¹⁰. Supondo que estas pessoas designadas tenham omitido todo o processo ou tenha feito de maneira incompreensível aos destinatários do programa, implantando, ao final, um programa de *compliance* deficitário.

Em que pese haver um dever de vigilância daqueles a quem tal dever é delegado e haver uma omissão reprovável, Gómez-Aller entende que nesse caso não é de fácil percepção a responsabilidade do *Compliance Officer*. Primeiro porque deveria ficar evidente que a conduta omissiva possuiu o dolo de favorecer ou viabilizar

¹⁰⁸ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 177

¹⁰⁹ Ibid. p. 178

¹¹⁰ Id. Ibid.

o cometimento do determinado delito. Em segundo lugar, a não prevenção de delitos por omissão do *Compliance Officer* poderia resultar em crimes culposos por conta da negligência no trabalho de prevenção. Convém destacar, portanto, que tanto por dolo quanto por culpa a conduta omissiva do *Compliance Officer* pode resultar na sua responsabilização.

3.2.1.3 Omissão quanto ao recebimento ou gestão de denúncias

Questão importante na análise da responsabilização do *Compliance Officer* por omissão no dever de vigilância e que consagra o papel de garante por delegação, é aquela relacionada com o recebimento e gestão de denúncia (*whistleblower*) que acabam repercutindo na esfera da pessoa física e, também, na pessoa jurídica, não obstante evidenciem a seriedade e comprometimento do *Compliance Officer* com o programa de cumprimento¹¹¹.

Inclusive, para que seja verificada a eficácia de um programa de *compliance*, é necessário que ele possua um robusto sistema de supervisão e sancionamento que, por sua vez, deve ser fiscalizado por órgão próprio, sob pena de ser considerado ineficaz¹¹². Trata-se de parte essencial dos programas de *compliance* para prevenção de crimes na seara empresarial e, conseqüentemente, o *Compliance Officer* se encontra em uma posição de dever especial¹¹³.

A necessidade da existência dos canais de denúncia ou *hotlines* estão apontadas no artigo 42, X do Decreto 8.420/2015¹¹⁴. Tais canais consistem em meios de comunicação interna cuja existência permite que os funcionários ou membros da sociedade tenham a liberdade de reportar irregularidades que foram cometidas no seio da empresa. As denúncias podem ser feitas por meios físicos, eletrônicos ou via telefone e o monitoramento delas deve ser feito pelo setor de *compliance*. O

¹¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. p. 150

¹¹² COCA VILLA, Ivó. Apud. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. p. 150

¹¹³ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 179

¹¹⁴ “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: (...) X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 03/12/2018)

pressuposto básico dos canais de denúncia é a garantia aos denunciantes de boa-fé do seu anonimato e sua proteção contra possíveis retaliações¹¹⁵.

A responsabilidade pelo recebimento e pela gestão das denúncias é a área do programa de *compliance* que mais traz mais riscos legais ao *Compliance Officer*¹¹⁶. Sua simples omissão frente a uma denúncia pode favorecer o cometimento presente ou futuro de um delito. Além disso, a omissão pode ocorrer através do não empreendimento de medidas de apuração ou investigação e, por fim, mas não menos importante, pode existir a omissão perante delitos cuja prevenção compete ao empresário.

Não há pretensão de exaurir no presente estudo todas as possibilidades de omissão do *Compliance Officer*, principalmente, por ser algo difícil, senão impossível. Importa, porém, entender que no que concerne aos administradores da sociedade possuem, sim, dever de garante e devem responder por omissão caso ocorram condutas delitivas que guardem relação estreita com as atividades da empresa. Neste caso a responsabilidade se daria por omissão e a título de autoria, pois ostentando a posição de garante, tais administradores deveriam evitar a ocorrência dos crimes intrinsecamente ligados às atividades da empresa¹¹⁷.

Já em relação àqueles vinculados aos órgãos executivos, sustentam, segundo Ilana Martins, posição de garante sob o fundamento da delegação de poderes feita pelos administradores. Aduz a autora que concernente aos órgãos de assessoramento, “seriam estes partícipes apenas em casos de comissão, ou seja, de assessoramento que ultrapasse os limites do risco permitido. Não haveria responsabilidade por omissão”¹¹⁸.

Há um perigo na análise da responsabilidade baseada apenas na presença ou não de um dever de garante. Como é sabido, os critérios de imputação devem estar balizados na estrutura garantista dos crimes omissivos impróprios¹¹⁹. A análise da existência, ou não, do dever de garante deve ser feita em caráter inicial, seguida da análise dos demais pressupostos do crime comissivo, caso contrário estará

¹¹⁵ LUZ, Ilana Martins. op. cit. p. 134

¹¹⁶ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit. p. 180

¹¹⁷ LUZ, Ilana Martins. op. cit. p. 239

¹¹⁸ LUZ, Ilana Martins. op. cit. p. 240

¹¹⁹ Id. Ibid.

configurada a responsabilização objetiva por crimes omissivos, o que não é admitido no âmbito do Direito Penal¹²⁰.

Não é somente na seara da responsabilização do *Compliance Officer* ou dos administradores das empresas que estão expostas a uma automatização. Outro ponto importante dos programas de *Compliance* que merece a devida atenção diz respeito às investigações privadas ou investigações internas, sobretudo quanto às garantias e direitos dos investigados.

¹²⁰ LUZ, Ilana Martins. op. cit. p. 240.

4 AS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES NOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Por mais que os programas de cumprimento tenham como coluna vertebral a adoção de medidas de prevenção com vistas a evitar o cometimento de ilícitos, é extremamente importante que ele contemple as situações nas quais há uma conduta delitiva concreta. É necessário fazer um planejamento, vislumbrando que medidas serão tomadas caso haja violação ao programa de cumprimento, normas legais ou regulamentares. Em suma, é necessário que o programa de *Compliance* estabeleça quem deve investigar, o que deve investigar e a quem serão repassados os resultados dessa investigação¹²¹.

O fenômeno do *criminal compliance* não é vislumbrado somente como resultado da privatização do controle, mas como resultado da privatização do próprio Processo Penal, pois além da assunção da responsabilidade de implementar sistemas de controle idôneos de modo que se autorregulem, as empresas acabam assumindo um papel que tem demonstrado sua importância, qual seja, a implementação de práticas que possibilite a investigação e, até mesmo, a sanção de ilícitos cometidos no âmbito empresarial. É neste sentido que se percebe a existência de um segundo sistema regulatório, ou seja, paralelo ao sistema regulatório estatal, que dá restringe a empresa a prevenir, descobrir e sancionar infrações legais¹²².

De maneira ampla é possível dizer que o propósito basal das investigações internas objetiva reconhecer o grau de extensão da conduta delitiva que venha ocorrer nos meandros da empresa. Através das investigações empresariais o Estado consegue adentrar na estrutura complexa do reduto corporativo e esclarecer condutas suspeitas de maneira mais eficaz do que poderia ser possível somente pela dependência da máquina estatal. Em suma, não faltam incentivos para as empresas adotarem políticas de “saneamento”, uma vez que tal prática melhora a imagem da empresa no mercado¹²³. Montiel acrescenta: “Até mesmo o caso ‘Siemens’ ilustra bem como, graças às investigações internas, os elevados custos de sua implementação

¹²¹ VERÍSSIMO, Carla. Op. Cit. p. 297

¹²² MONTIEL, Juan Pablo. **Sentido y alcance de las investigaciones internas em la empresa.** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2013. p. 252-253

¹²³ Ibid. 254

foram amplamente compensados pela redução da sanção pecuniária” (tradução livre do autor)¹²⁴.

Feita a provocação inicial, cabe partir para uma análise pormenorizada, mas que não esgotará o assunto. Ao contrário, trará reflexões iniciais sobre o instituto das investigações internas, investigações empresariais ou até mesmo investigações privadas.

4.1 ASPECTOS GERAIS DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS

O ponto alto do instituto das investigações internas da mesma forma do *Criminal Compliance* está umbilicalmente ligado às medidas que foram adotadas pelos governos americano e de membros da União Europeia devido aos escândalos oriundos dos casos “Word-Com”, “Parmalat”, “Enron, Merck & Company, “Riggs Bank” e “Siemens AG”, entre outros¹²⁵.

Não se trata de um termo novo, se considerarmos a expressão “investigação interna” de maneira ampla, ou seja, não restrita apenas à perquirição de condutas suspeitas ou de delitos, mas abrangendo outras infrações. A exemplo disso é possível encontrar casos nos Estados Unidos que datam da década de 60, período no qual os tribunais, partindo de denúncias feitas à Security Exchange Commission (SEC), ordenavam que fossem feitos processos de “autolimpeza”¹²⁶.

As investigações internas, nesses casos, serviram, principalmente para identificar os responsáveis pelos ilícitos dentro das organizações e, além disso, dar um retorno, uma espécie de satisfação ao Estado e à sociedade sobre negociações que tinham um caráter duvidoso, bem como de cumprir mandamentos legais em áreas vinculadas à saúde, meio ambiente ou à estratégia empresarial¹²⁷.

¹²⁴ “Incluso el caso ‘Siemens’ ilustra bien cómo gracias a las investigaciones internas los elevados costos que supuso su realización se vieron ampliamente compensados por la rebaja de la sanción pecuniaria”. MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 254-255

¹²⁵ MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 256

¹²⁶ Id. Ibid.

¹²⁷ Id. Ibid.

Para entender melhor a estrutura e funcionamento das investigações internas é preciso fazer algumas ponderações acerca das diferenças conceituais existentes entre “investigações internas”, “medidas de controle” e “caça às bruxas”¹²⁸

Juan Pablo Montiel parte da análise referente à delimitação conceitual das investigações internas para, a partir daí poder diferencia-las de outras medidas empresariais que possam apresentar uma estrutura semelhante, mas cujos propósitos são diversos. Para o autor:

Em termos gerais, pode-se dizer que uma empresa "investiga" quando recebe declarações de seus funcionários ou recorre a investigadores particulares para indagar sobre um alegado fato de corrupção, bem como quando, por exemplo, os próprios auditores da empresa revisam sua atividade. Documentos contábeis cotidianos. Da mesma forma, se usarmos a palavra "controle" de uma forma muito geral, poderíamos dizer que as pesquisas realizadas por investigadores particulares são medidas de controle. Além disso, a partir de uma perspectiva clássica do controle do crime corporativo, as investigações internas desempenham um papel importante (Tradução livre do autor)¹²⁹.

Nesse sentido, as atividades de controle referem-se àquelas atividades do cotidiano empresarial como, por exemplo, a auditoria dos resultados de determinado setor de gestão (auditoria contábil, auditoria de meio ambiente, etc.). Em que pese existir uma carga investigativa em tais atividades, elas continuam sendo, na sua essência, atividades de mero controle¹³⁰.

Em sentido oposto, as investigações empresariais são, principalmente, de caráter reativo. Significa dizer, segundo entendimento de Montiel, que tal competência surge quando há suspeita que um crime foi cometido ou quando sua ocorrência é bastante evidente, já existindo um processo judicial em curso¹³¹.

Existem, ainda, modalidades de investigação às quais Montiel de maneira caricata chama de “caça às bruxas”. São situações nas quais não se busca confirmar

¹²⁸ MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 257

¹²⁹ “En términos generales podría decirse que una empresa "investiga" tanto cuando toma declaraciones a sus trabajadores o recurre a investigadores privados para indagar acerca de un presunto hecho de corrupción, como también cuando, por ejemplo, los propios auditores de la empresa revisan en su actividad cotidiana documentos contables. Igualmente si empleamos de un modo muy general la palabra "control", podríamos decir que las pesquisas realizadas por investigadores privados son medidas de control. Más aún, desde una perspectiva clásica del control de la criminalidad empresarial, las investigaciones internas desempeñan un papel importante”. MONTIEL, Juan Pablo, op. cit. p. 258

¹³⁰ MONTIEL, Juan Pablo. loc. cit.

¹³¹ Id. Ibid.

ou descartar a suspeita de um delito, mas trata-se de um conjunto de medidas que visam proteger seu patrimônio e exercer um controle sobre os empregados por meio de coleta de dados pessoais (e. g. colocação de grampos, escutas em salas de reunião, câmeras de segurança, etc.)¹³².

Essas ações de “caça às bruxas” são medidas consideradas, por si só ilegais e nenhum empresário poderá alegar em seu favor direito legal ou constitucional para poder acusar seus empregados, sob pena de incorrer em ilegalidade (e. g. violação de correspondências físicas ou eletrônicas)¹³³.

Por fim, Montiel traz, ainda, mais dois pontos de distinção dentro do instituto das investigações internas. São as chamadas investigações internas “pré-judiciais” e as investigações “para-judiciais”. Entende-se como investigação “pré-judicial” aquela cujo início se dá a partir de meros indícios da ocorrência de um delito, sem que o fato tenha, efetivamente, chegado às vias judiciais. Já a investigação “para-judicial” tem seu início como consequência da veiculação dos fatos ligados a uma rede de cometimento de delitos empresariais que estão vinculadas a um processo judicial¹³⁴.

Passada a etapa de classificação e delimitação das diferentes classificações das investigações internas, é necessário entender o funcionamento e a estrutura das investigações.

As investigações internas são exercícios de análise dos fatos que devem determinar de forma precisa e com alto grau de confiabilidade o que ocorreu, ou seja, se a suposta conduta foi imprópria ou não e em quais circunstâncias ocorreu, além de checar os sujeitos envolvidos no fato ocorrido. Para além dessas coisas, as investigações devem guardar certo rigor, independência e, sobretudo, devem ser analíticas¹³⁵.

No contexto do *Criminal Compliance* a etapa que antecede o processo de investigação é aquela onde são realizadas as denúncias de irregularidades que ocorrem na empresa. A partir da comunicação de suposta conduta ilícita é necessário

¹³² MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 259

¹³³ Ibid. p. 260

¹³⁴ Ibid. p. 261

¹³⁵ SERPA, Alexandre da Cunha. **Investigações de Compliance**: antes, durante e depois. Legal, Ethics e Compliance. 2017. Disponível em <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-investigacoes-internas>>. Acesso em: 05/12/2018. p. 2

definir o investigador, aquele que será responsável pela apuração do caso e qual o planejamento sob o qual a investigação transcorrerá¹³⁶.

Segundo Alexandre da Cunha Serpa, a partir do recebimento da denúncia pelo canal de reporte (*whistleblower*) é necessário definir quem será o investigador do caso denunciado. A empresa deverá decidir se a investigação será conduzida por uma estrutura interna que já existe, como a equipe de *compliance* ou o setor jurídico da organização, por exemplo¹³⁷. De acordo com Serpa¹³⁸, são três possibilidades:

A primeira delas é a nomeação de uma equipe dedicada de investigadores internos. São equipes que fazem parte de empresas cujas atividades tem certa propensão a necessitar de times dedicados e que já tem um histórico de investigações consolidados devido ao alto volume delas¹³⁹.

A segunda possibilidade é a nomeação de um investigador designado que são, em suma, colaboradores de áreas afins ao processo de auditoria e monitoramento (setores de auditoria interna, finanças, recursos humanos, etc.) que são designados de acordo com a complexidade da investigação.

Por fim, a terceira possibilidade trazida pelo autor é a nomeação de uma equipe terceirizada que seja especializada para o caso¹⁴⁰. Estas são utilizadas quando a organização não dispõe de recursos internos suficientes ou que não tenham a capacitação necessária para conduzir as investigações¹⁴¹.

O ideal é que a empresa escolha uma estrutura externa para conduzir as investigações um escritório externo de advocacia, principalmente se houver envolvimento dos dirigentes da empresa nos fatos, garantindo que não haja interferência indevidas dos superiores hierárquicos, algo possível de acontecer quando as investigações são conduzidas por advogados das próprias empresas, por exemplo¹⁴²

¹³⁶ SERPA, Alexandre da Cunha. op. cit. p. 4

¹³⁷ VERÍSSIMO, Carla. op. cit. p. 300

¹³⁸ SERPA, Alexandre da Cunha. loc. cit.

¹³⁹ Id. Ibid.

¹⁴⁰ Id. Ibid.

¹⁴¹ Id. Ibid.

¹⁴² VERÍSSIMO, Carla. op. cit. p. 300

O processo de entrevistas dos investigados é um procedimento dotado de certa complexidade que não será explorada no presente trabalho. É importante saber que serão levadas em consideração as particularidades de cada caso. Via de regra as entrevistas servirão para fornecer novas informações que sejam, até aquele momento desconhecidas ou para confirmar informações que já são conhecidas¹⁴³. O sucesso das entrevistas está relacionado com sua objetividade e condução em ambientes neutros.

Toda investigação deverá ser devidamente documentada através da elaboração de um relatório contendo todos os detalhes do procedimento investigativo como o resumo da denúncia, teor dos documentos internos (e. g. políticas e procedimentos relevantes), lista de todos os envolvidos na condição de acusados ou investigados, bem como seus respectivos históricos, detalhes das entrevistas realizadas e os resultados obtidos com a investigação¹⁴⁴.

É atribuição do *Compliance Officer*, ao final das investigações, garantir que haja um grupo de pessoas que receberão a incumbência de avaliar os resultados das investigações e, a partir disso, definir que tipo de medidas serão adotadas. O grupo é comumente chamado de Comitê de Ética e é composto pelos responsáveis pela prática da boa governança dentro da organização, ou seja, os líderes das áreas de *compliance* (e. g. setor jurídico, financeiro, recursos humanos, entre outros) que deverão discutir, também, possíveis modificações no programa de *Compliance*, seja na estrutura de controles internos ou nas estruturas da empresa a fim de evitar que o fatos semelhantes ocorram novamente¹⁴⁵. Ressalte-se que não é atribuição do *Compliance Officer* decidir ou aplicar as sanções oriundas das investigações. Essa responsabilidade compete à alta direção da empresa (e. g. Conselho de Administração).

Em síntese, no âmbito das investigações internas é necessário que sejam estabelecidos canais adequados de modo que o fluxo das informações transcorra de maneira que possibilitem a apuração independente e autônoma dos fatos denunciados, mas também que resguardem os direitos fundamentais dos investigados¹⁴⁶. Isso só será possível na medida em que haja uma adequação da

¹⁴³ SERPA, Alexandre da Cunha. op. cit. p. 6

¹⁴⁴ Id. Ibid. p. 9

¹⁴⁵ SERPA, Alexandre da Cunha. op. cit. p. 10

¹⁴⁶ VERÍSSIMO, Carla. op. cit. p. 297

técnica de investigação interna com as regras do Processo Penal a ser abordada no próximo item.

4.2 ADEQUAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS AO PROCESSO PENAL:

Em que pese terem um grau de importância nos programas de *compliance* e estarem em ascensão no seio empresarial e, também, na doutrina, as investigações internas têm sido pouco reguladas. Em outras palavras, as empresas não têm investido na regulação das investigações internas, sobretudo no tocante às fases da investigação ou à extensão das faculdades investigativas, condições dos interrogatórios e a extensão dos deveres dos investigados, o que é fundamental no cumprimento dos programas de conformidade¹⁴⁷.

A existência de um código procedimental que verse sobre o tema das investigações internas, garantiria que as práticas fossem transparentes e permitiria delinear com clareza os papéis assumidos por cada parte na investigação, além de trazer certo equilíbrio nas relações entre empregador e empregado ou, ainda, nas relações com os colaboradores externos à empresa (e. g. fornecedores) a fim de incentiva-los a serem partícipes na promoção do bom funcionamento do programa de *Compliance*¹⁴⁸.

Outro fator fundamental na adequação das investigações internas com o Processo Penal se dá pelo fato de não existir nenhum critério que leve à garantia do devido processo. As investigações internas, em que pese ocorrerem no âmbito privado, guardam certa similaridade com o processo penal, uma vez que poderão violar direitos e garantias fundamentais dos investigados, necessitando de um sistema de garantias que guardem certo rigor¹⁴⁹.

Dada essa problematização, questão que merece a devida atenção diz respeito ao que é necessário para dar início ao procedimento de investigação dentro da empresa se, por exemplo, é necessário estipular níveis de suspeitas a fim de destacar quais ensejam, ou não, o processo investigatório e a quem cabe decidir.

¹⁴⁷ MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 266

¹⁴⁸ MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 266

¹⁴⁹ Id. Ibid. p. 267

4.2.1 Quando iniciar uma investigação interna?

Um ponto extremamente importante no campo das investigações internas é o custo da sua viabilização. Elas possuem custos demasiadamente elevados aos quais nem todas as empresas terão condições de suportar. Segundo Montiel, muitas empresas optam por implantar sistemas investigações mais modestos no momento que se faz necessário investigar a suspeita de um delito¹⁵⁰. Para além disso, aduz o autor:

Nas mesmas coordenadas também deve ser notado que o início de uma investigação não é um fato que passa despercebido aos acionistas: uma pesquisa mal conduzida (por excesso ou inadimplência) também pode ter um impacto negativo no valor das ações da empresa. (tradução livre do autor)¹⁵¹

São situações que demonstram a decisão final de iniciar um processo de investigação interna é de difícil ponderação, pois leva em consideração diversos fatores de ordem política e jurídica, esta última consubstanciada nas crescentes pressões exercidas sobre as empresas para que elas adotem medidas de implementação de programas de cumprimento, sob pena de incorrerem em responsabilidade jurídica pela não adoção de tais programas. Desta forma, a empresa se vê diante de uma situação complicada da qual, dificilmente, sairá ileso¹⁵².

Para Montiel o ponto de crucial dessa questão é que o nível de suspeita para que seja iniciado um procedimento investigatório deva ser um nível superior àquele para instauração de um processo judicial ordinário. Para o autor, essa opinião se apoia no fato de as faculdades coercitivas e investigativas da empresa devem ser menores as das autoridades públicas, uma vez que estas detêm a legitimidade para tal. O autor vai além ao aduzir, inclusive que se o Estado delega ao empresário a responsabilidade pela prevenção de delitos que permita, por conseguinte, que os níveis de suspeita para instauração de investigações internas sejam os mesmos daqueles que são aceitos para dar início a uma investigação judicial¹⁵³.

¹⁵⁰ Id. Ibid. 268

¹⁵¹ “En las mismas coordenadas debe resaltarse también que el inicio de una investigación no es un hecho que pase inadvertido para los accionistas: una pesquisa mal realizada (por exceso o por defecto) puede también incidir negativamente en el valor de las acciones de la empresa”. MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 268

¹⁵² MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 268

¹⁵³ Ibid. p. 269

Portanto, iniciar uma investigação interna baseada apenas em rumores ou pelo simples fato de receber uma denúncia parece ser uma decisão desproporcional. Os órgãos diretivos poderão lançar mão das investigações empresariais desde que esteja evidenciada uma suspeita minimamente confiável de que houve o cometimento de um ilícito¹⁵⁴.

Outra questão que deve ser debatida no âmbito das investigações internas é com relação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* ou, ainda, da não autoincriminação ao qual serão feitas algumas ponderações.

4.2.2 Princípio do *nemo tenetur se detegere*

O que deve ser colocado em questão quando se fala do princípio do *nemo tenetur se detegere* é que pelos programas de *compliance* o empresário ou o funcionário de determinada empresa tenham o dever de informação. Esta perpassa pela entrega de documentos pessoais ou corporativos que possam ser utilizados contra aqueles sujeitos num eventual processo judicial¹⁵⁵.

Conforme já delineado no presente trabalho, o artigo 9º da Lei 9.613 de 1998 traz um extenso rol de sujeitos, pessoas físicas e jurídicas, que deverão cumprir deveres de *Compliance*. Porém, principalmente em relação aos deveres de prestação de informações, se faz necessário que haja a incidência dos princípios do processo penal¹⁵⁶. Partindo dessa premissa, questiona-se: como é possível estar em conformidade com o programa de *Compliance*, juntamente com todos os seus desdobramentos e, ao mesmo tempo, titularizar o direito de não produzir provas contra si mesmo¹⁵⁷?

A ideia por trás do princípio *nemo tenetur se detegere*, é extraída de uma interpretação do artigo 5º, inciso LXIII¹⁵⁸, por força do qual o investigado tem o direito

¹⁵⁴ Ibid. p. 270

¹⁵⁵ MONTIEL, Juan Pablo. op. cit. p. 270

¹⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DA SILVA, David Leal. **Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere**. Revista de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, v. 1, n. 1, Jan./Jul. 2014. ISSN 2357-8009. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/22>>. Acesso em: 28/11/2018. p. 156

¹⁵⁷ Ibid. p. 157

¹⁵⁸ “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018.

de não constituir provas contra si. No entanto, tomando como base a Lei 9.613 de 1998, e levando-se em conta que os sujeitos elencados no artigo 9º da referida Lei, principalmente o *Compliance Officer*, conforme debatido no capítulo anterior, possam ser responsabilizados administrativamente pelo descumprimento, há uma grave violação ao princípio da não autoincriminação¹⁵⁹.

Basta observar os valores exorbitantes das multas que foram introduzidas pela Lei 12.683 de 2012 na Lei 9.613/98 para perceber o seu caráter eminentemente sancionatório, embora se afirme o contrário. Se consideradas penas administrativas, é notável que o mote daquelas sanções é coagir aqueles que tem deveres de *Compliance* a cumprir a função de agentes fiscalizadores, sem contar com a aceitação da penalidade dupla, já que a responsabilidade dos agentes pode se dar, também, na esfera penal¹⁶⁰.

Nesse contexto, segundo Gloeckner e Silva, o que se percebe é que há uma relativização do *nemo tenetur se detegere* de maneira contínua e progressiva, haja vista a justaposição de normas jurídicas de diferentes esferas do direito que incidem sobre um mesmo destinatário, a saber, os agentes responsáveis por estarem em conformidade com o programa de *Compliance*. Os autores complementam:

Este fenômeno é responsável pelo aumento da incerteza na resposta estatal e, mais do que isso, aquele setor administrativo ameaça arrebanhar cada vez mais tarefas anteriormente vinculadas à estrita jurisdicionalidade. Isto é, há uma crescente administrativização do direito penal mediante o recurso 'à formação de camadas jurídicas de normas', incidindo cada uma segundo sua racionalidade.¹⁶¹

Tudo isso demonstra uma situação que causa preocupações, pois traz consigo a ideia de que o destinatário estará entre a cruz e a espada: de um lado, ele pode defender o seu direito constitucional de não produzir prova contra si, mas sofrer sanção administrativa demasiadamente severa ou renuncia àquele direito para não ser punido com a sanção administrativa e, conseqüentemente, assumindo a sanção de natureza penal¹⁶².

¹⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DA SILVA, David Leal. op. cit. p. 159

¹⁶⁰ Ibid. p. 159-160

¹⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DA SILVA, David Leal. op. cit. p. 160

¹⁶² Ibid. p. 161

O *nemo tenetur se detegere* não é o único princípio que está em situação de vulnerabilidade frente ao sistema de investigação empresarial. Existem outros princípios constitucionais que merecem de igual modo certa atenção como, por exemplo, os princípios do contraditório e ampla defesa que serão abordados em seguida.

4.2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa e sua aplicação nas investigações internas

Segundo lição de Nestor Távora, o princípio do contraditório, traduzido como o binômio da ciência e participação das partes, tem sua previsão no artigo 5º, LV da Constituição Federal¹⁶³ que impõe que deverá ser dada às partes a possibilidade de influenciar na decisão do magistrado a partir da sua participação e manifestação nos atos que compõem o andamento do processo¹⁶⁴.

Ademais, o princípio do contraditório se manifesta em duas dimensões, a saber: dimensão formal e dimensão substancial. A primeira é uma garantia dada ao às partes, sobretudo o acusado, de poder participar do processo, de ser ouvido, ser comunicado. Seria o conteúdo mínimo do princípio do contraditório. Já a segunda dimensão, a substancial, diz respeito ao poder de influência. Em outras palavras, deve ser conferida a possibilidade da parte influenciar a decisão do magistrado, influenciar a partir de argumentos, alegação de fatos, entre outros meios. É a existência dessa dimensão substancial que impedirá a prolação de uma decisão surpresa, ideia rechaçada no ordenamento pátrio¹⁶⁵

Essa estrutura de afirmações e negações pode ser de extrema importância na formação do convencimento do magistrado já que permite uma avaliação mais abrangente de tudo quanto está associado à matéria de fato de direito. Quanto maior e mais robusta for a participação dos interessados em todas as fases do processo,

¹⁶³ “Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018).

¹⁶⁴ TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 75

¹⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 78-79.

maior o respaldo da decisão judicial, pois ela abrangerá na medida exata o que é favorável ou desfavorável a uma ou outra pretensão¹⁶⁶.

O princípio do contraditório guarda relação estreita com o princípio da ampla defesa, embora um não se confunda com o outro. Enquanto o princípio do contraditório está relacionado com a proteção ambas as partes do processo (autor e réu), a ampla defesa, também extraída do artigo 5º, LV da Carta Magna, tem no acusado o seu único destinatário e abrange tanto a defesa técnica quanto a autodefesa¹⁶⁷.

A defesa técnica, sempre obrigatória, é aquela feita sob a assistência de com conhecimentos técnicos com vistas a atender uma exigência de equilíbrio entre a defesa e a acusação, uma vez que há presunção de hipossuficiência do sujeito passivo que não dispendo de conhecimento técnico-jurídico se vê numa situação de inferioridade entre a figura de representação estatal (promotor, policial ou juiz)¹⁶⁸. Por sua vez, a autodefesa fica sujeita à conveniência do acusado (garantido o direito ao silêncio) e subdivide-se no direito de audiência – que nada mais é que a oportunidade de influir na defesa através do interrogatório – e no direito de presença – o réu podendo tomar posição sobre o material produzido, garantida a imediação com seu defensor, o juiz e as provas¹⁶⁹.

A questão principiológica, por si só, não compõe o centro de atenção do presente trabalho, motivo pelo qual a análise foi sintética. A importância de trazê-los ao debate é para entender como eles se manifestam em relação às investigações privadas dos programas de *Compliance* ou, em outras palavras, como tais princípios se incorporam no sistema de investigação.

4.2.4 Investigações internas e garantias dos investigados

A ideia de um Direito Penal expansionista no combate à corrupção tem estimulado a criação de novos métodos de investigação pelo Estado, resultando numa produção de leis no âmbito processual penal. Tais leis ampliam os meios de

¹⁶⁶ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017, e-Book. p. 37

¹⁶⁷ TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. op. cit. p. 77

¹⁶⁸ LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, e-Book. 664 p. ISBN 978-85-472-0123-4.

¹⁶⁹ TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. op. cit. p. 77.

investigação criminal e de coleta de provas de ilícitos penais a exemplo, de acordo com Rodrigo Oliveira de Camargo, da promulgação da lei que define a organização criminosa, Lei 12.850/2013, que dispõe sobre o processo de investigação privada e os possíveis meios de obtenção de prova para aquela espécie de crime¹⁷⁰.

Para o referido autor:

Ao determinar que corporações estabeleçam práticas de Compliance dentro do ambiente empresarial, o Estado parece compartilhar com entes privados as responsabilidades pela investigação que porventura ocorram em meio ao ambiente corporativo e que envolvam atos de corrupção. O poder público passa a determinar que entidades privadas e seus funcionários o auxiliem nessa tarefa, criando mecanismos que incentivem a colaboração de entes privados para o combate e investigação de atos ilícitos¹⁷¹

Em outras palavras, o Estado demonstrando que é limitado para apurar as práticas delituosas dentro das empresas, transfere ao particular o ônus investigativo de modo que as empresas se comportem como seus próprios algozes. Ressalte-se, contudo, que essa transferência de deveres deve estar pautada no respeito às garantias constitucionais e infraconstitucionais¹⁷².

Neste sentido é que os procedimentos investigatórios nem sempre seguem os preceitos legais do ponto de vista das garantias individuais, traduzindo-se numa prática potencialmente lesiva aos direitos fundamentais dos investigados. Não há na Lei 12.846 de 2013 qualquer direcionamento acerca dos procedimentos de investigação, ficando a empresa livre para atuar da forma que bem entender. Seguindo entendimento de Rodrigo Oliveira de Camargo, percebe-se a necessidade que as investigações privadas, desde a sua concepção, busquem proteger direitos e garantias dos investigados a exemplo da garantia da ampla-defesa, do contraditório e de não produzir prova contra si mesmo, resguardando, ainda, o seu direito ao silêncio¹⁷³.

¹⁷⁰ DE CAMARGO, Rodrigo Oliveira. **Compliance, investigação e direitos fundamentais**. LEC - Legal, Ethics e Compliance, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2014/11/17/compliance-investigacao-e-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² CORRÊA, Leonardo. **Compliance deve respeitar contraditório e ampla defesa**. Consultor Jurídico, 4 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/leonardo-correa-compliance-respeitar-direito-constitucional>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

¹⁷³ DE CAMARGO, Rodrigo Oliveira. op. cit.

Para além da problemática em torno da inexistência de forma, no processo penal, a ocorrência de violação a qualquer direito ou garantia fundamental enseja o controle jurisdicional. Em sentido contrário nas investigações de *compliance* não há, por parte da empresa, qualquer tipo de controle quando da violação a direitos e garantias dos investigados, já que não existe nenhuma obrigatoriedade de intervenção judicial contra tais atos atentatórios¹⁷⁴.

Portanto, quando tomam para si a posição de investigadores, os setores de *compliance* das empresas têm o dever de observar e respeitar os direitos e garantias dos investigados. Caso contrário, seria aberto um espaço significativo para violações e abusos na iniciativa privada com o claro objetivo de entregar nas mãos do Estado toda sorte de provas obtidas mediante interrogatório que, embora calcados na boa-fé e na confiança, não demonstram aos investigados os reais fins aos quais suas falas e seus dados seriam submetidos¹⁷⁵.

Tudo quanto apontado até o momento vem demonstrando que o viés preventivo e a expansão que o Direito Penal, sobretudo no que diz respeito à criminalidade empresarial, são tendências das quais não é possível se afastar, pois é imperioso o combate à corrupção e à impunidade dos poderosos. Porém, mais importante do que a adoção de um viés preventivo é a sua adequação ao regramento processual, sobretudo na proteção e no respeito às garantias constitucionais dos investigados, tornando imperioso o aprimoramento dos sistemas de *Compliance*, principalmente, no combate à corrupção.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ CORRÊA, Leonardo. op. cit.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto foi exposto no decorrer dos capítulos do presente trabalho, foram traçadas algumas linhas acerca da responsabilidade do *Compliance Officer*, sobretudo na sua omissão frente às condutas delitivas praticadas no seio empresarial, além de terem sido discutidas as questões concernentes às investigações empresariais de *compliance* (investigações internas) principalmente quanto às suas repercussões nos direitos e garantias dos investigados, permitindo o alcance das seguintes conclusões:

A partir de uma contextualização histórica foi possível perceber que os avanços tecnológicos e científicos resultantes da globalização foram os principais aspectos que influenciaram a mudança da lógica da sociedade industrial, onde a produção de riqueza dominava a produção de riscos, para a sociedade moderna, cuja relação é totalmente inversa, dando origem ao termo “sociedade de risco”.

Tal contexto fez com que o Direito Penal se tornasse um instrumento utilizado na gestão dos riscos potencialmente danosos à sociedade a fim de tornar suportáveis ou amenizar os riscos de qualquer tipo de ameaça.

Em que pese surgirem novos bens jurídicos de natureza supra individuais, a exemplo do meio ambiente, relações de consumos ou sistema financeiro (sob a tutela do Direito Penal, a sua expansão deve ser vista com certa cautela, vez que o vigora a máxima da intervenção mínima do Direito Penal.

Considerando a natureza subsidiária do Direito Penal, bem como a sua seletividade, o Estado, incapaz de controlar e gerenciar todos os riscos existentes, começa a prever possibilidade de repasse aos particulares da função de gerenciamento de riscos.

A criminalidade dourada é um conceito relacionado à prática de ilícitos pela classe que exerce o domínio político e econômico que gozam de uma impunidade, justamente, por serem detentores do poder político e financeiro e terem acesso a advogados especializados e, inclusive, por influenciarem no sistema jurídico para proveito próprio.

O combate à impunidade dos poderosos não se baseia somente com aumento do rigor repressivo do Estado, sendo necessária uma série de ações coordenadas e

mecanismos regulatórios para proteger tanto a integridade moral, como a reputação de determinadas atividades.

O instituto do *Compliance* surge como instrumento de prevenção de riscos juridicamente relevantes a partir do cumprimento de normas e diretrizes empresariais muito bem estabelecidas, ou seja, está pautado na ideia de prevenção dos riscos das atividades.

As ideias iniciais sobre *Compliance* no Brasil foram desenvolvidas a partir da Lei 9.613 de 1998 (Lei de lavagem de capitais) que foi sensivelmente alterada pela Lei 12.683 de 2012; da Resolução nº 2.554 de 24/09/1998 do Conselho Monetário Nacional e da Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, fortalecendo a necessidade de diminuição de riscos inerentes à atividade empresarial.

Da análise da Lei 12.846/2013 verifica-se que os programas de *compliance* devem se constituir de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de conduta e códigos de ética no âmbito da pessoa jurídica.

Nesse ponto, o dever de vigilância ou de *Compliance* se manifestam tanto nas relações verticais entre a alta direção da empresa e os demais cargos a ela subordinados, quanto nas relações horizontais quando ocorrem entre o Conselho de Administração, por exemplo.

O dever de vigilância é imposto, num primeiro instante ao empresário a quem é estabelecido o status de garantidor, ou seja, de responsável pela implementação dos programas de cumprimento e sua devida efetivação. O status de garantidor, contudo poderá ser transferido para um terceiro que é chamado de *Compliance Officer*.

Neste diapasão é possível entender o *Compliance Officer* como sendo a pessoa responsável por estar à frente de um programa de *Compliance*, bem como de garantir o seu efetivo cumprimento e evitar o cometimento de ilícitos.

Assim, o dever de garante é um dos requisitos essenciais ao juízo de tipicidade em crimes omissivos impróprios, por se configurar como um dever direcionado a determinadas pessoas e lhes impor uma obrigação de agir, com vistas a evitar determinado resultado para, com isso, não serem responsabilizados como se tivessem dado causa àquele resultado.

O *Compliance Officer* não dispõe de poderes executivos dentro da empresa e o seu dever de garante não é absoluto, motivo pelo qual verifica-se que não poderá ser responsabilizado pela simples ocorrência do crime pois possui o dever de conhecer as regras internas e externas, mas será responsabilizado a partir do momento que, conhecendo da conduta delitiva, não comunicar aos responsáveis.

Verifica-se que a eficácia de um programa de cumprimento está condicionada a existência de uma estrutura robusta de supervisão e sancionamento, através de canais de comunicação interna, permitindo que funcionários ou membros da sociedade tenham liberdade para reportar eventuais irregularidades cometidas no ambiente da empresa.

Desse modo, a omissão do *Compliance Officer* frente a denúncia de um suposto delito configura a sua responsabilidade pois pode favorecer o cometimento do delito. Tal omissão ocorre, também por um não empreendimento de medidas de apuração ou investigação ou, ainda perante delitos cuja prevenção cabe ao empresário.

Nesse sentido, os administradores de uma empresa possuem dever de garante e devem responder por omissão e a título de autoria caso ocorram condutas delitivas que guardem relação estreita com as atividades da empresa, pois deveriam evitar a ocorrência de tais crimes.

Através da análise da responsabilidade por dever de garante foi possível perceber que analisar a responsabilidade somente com o critério de ser garantidor é bastante perigoso, devendo, além disso, analisar os pressupostos do crime comissivo sob pena de configurar responsabilização objetiva por crimes omissivos, situação rechaçada pelo Direito Penal.

No que concerne às investigações internas verificou-se que se trata de ferramenta através da qual o Estado consegue adentrar na estrutura complexa do reduto corporativo, esclarecendo condutas suspeitas de forma mais eficaz do que se fosse feita dependendo, somente, do aparato estatal.

As investigações internas, apesar de serem em caráter administrativo e, portanto, não alcançadas pelo Direito Processual Penal, devem respeitar os direitos e garantias dos investigados, sobretudo, conforme posto no presente estudo, o direito

de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), o direito à ampla-defesa e o contraditório.

Por fim, através do presente estudo, restou evidenciado que o *Compliance* e suas vertentes, por força da sua recente inserção ao ordenamento jurídico brasileiro, requerem ainda a devida atenção, sobretudo à luz da principiologia Constitucional, Penal e Processual Penal para, assim, promover o combate aos crimes cometidos em âmbito empresarial sem violação de nenhuma garantia ou direito.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais.** Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BATISTA, Q. D. O. **Compliance e investigações internas: o novo método de prevenção empresarial e a análise das garantias constitucionais dos investigados.** 1ª. ed. Florianópolis: Habitus, 2018. 132 p.
- BECK, U. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de SEBASTIÃO NASCIMENTO. 2ª. ed. São Paulo: 34, 2011. 384 p.
- BENEDETTI, C. R. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 out. 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez. 2018.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.**, 3 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. **Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.**, Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- CAMARGO, R. O. D. **Compliance, investigação e direitos fundamentais.** LEC - Legal, Ethics e Compliance, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2014/11/17/compliance-investigacao-e-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.
- CARRAMANHO, D. E. C. **Breves comentários sobre "prova" no Processo Penal.** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas, Manaus, 7, Janeiro/Junho 2006. 149-163.
- CORRÊA, L. **Compliance deve respeitar contraditório e ampla defesa.** Consultor Jurídico, 4 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/leonardo-correa-compliance-respeitar-direito-constitucional>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

DAVID, D. F. **Compliance e corrupção privada**. In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C. Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 9.

FAZENDA, M. D. Carta-Circular nº 1, de 1º de Dezembro de 2014. **Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998.**, 1 Dezembro 2014. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

FELDENS, L. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 272 p.

FERNÁNDEZ, R. M. **La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales**. In: SÁNCHEZ, J.-M. S.; FERNÁNDEZ, R. M. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. Cap. 6.

GIOVANINI, W. **Programas de Compliance e anticorrupção: Importância e elementos essenciais**. In: PAULA, M. A. B. D.; CASTRO, R. P. A. D. Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 3, p. 452. ISBN ISBN 978-85-450-0473-8.

GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. **Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere**. Revista de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, v. 1, n. 1, p. 147-172, Jan./Jul. 2014. ISSN 2357-8009. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/22>>. Acesso em: 28 Novembro 2018.

GOMES FILHO, A. M.; BADARÓ, G. H. R. I. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, março-abril 2007. 175-208.

GÓMEZ-ALLER, J. D. **Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica**. In: ZAPATERO, A.; MARTÍN, N. El Derecho penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 165-189.

JÚNIOR, A. B. F. **Breves comentários sobre alguns princípios estruturantes do Processo Penal**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 25, p. 9-14, Abril 2005. ISSN 1678-3778.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, e-Book. 664 p. ISBN 978-85-472-0123-4.

LUZ, I. M. **Compliance e omissão imprópria**. 1 reimp. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 330 p.

MONTIEL, J. P. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa.** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, p. 251-277, 2013.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal.** 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017, e-Book. 465 p.

PASSOS, T. B. O. **A neosseletividade do sistema penal: A lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma Aproximação entre a Dogmática e os Aspectos Criminológicos.** Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2015.

PAULA, M. A. B. D.; CASTRO, R. P. A. D. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção:** Integridade para o desenvolvimento. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SÁNCHEZ, J.-M. S.; FERNÁNDEZ, R. M. **Criminalidad de empresa y Compliance:** Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

SCHÜNEMANN, B. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de la política criminal acerca de la criminalidad de empresa.** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 41, p. 529-558, 1988. ISSN 0210-3001.

SERPA, A. D. C. **Investigações de Compliance:** antes, durante e depois. São Paulo: Legal, Ethics e Compliance, 2017. 12 p. Disponível em: <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-investigacoes-internas>>. Acesso em: 5 Dezembro 2018.

SÉVERIN, C. V. **A cifra dourada da delinquência.** Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 27, 1980.

SILVEIRA, R. D. M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção.** 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAMBORLIN, F. A.; SANTANA, V. C. **Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos.** In: GUARAGNI, F. A.; BUSATO, P. C. Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 1.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal.** 12ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. 1840 p.

TEIXEIRA, A. L. R. D. S.; RIOS, M. C. D. S. S. R. **Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle.** Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Salvador, v. 4, n. 1, p. 98-113, Jan/Jun 2018. ISSN 2526-0065.

TONIN, A. B. Compliance: uma visão do compliance como forma de mitigação da responsabilidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 983, p. 265-288, Setembro 2017. ISSN 0034-9275.

VERÍSSIMO, C. **Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção.** 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.