



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

CAROLINE GUIMARÃES DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*
PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS PELA LEI
DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI 9.613/98)**

Salvador

2018

CAROLINE GUIMARÃES DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*
PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS PELA LEI
DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI 9.613/98)**

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

Orientadora: Profa. Dra. Thaís Bandeira de Oliveira Passos

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINE GUIMARÃES DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* PELO
DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS PELA LEI DE LAVAGEM DE
DINHEIRO (LEI 9.613/98)

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em ____/____/2018

BANCA EXAMINADORA

Profa. Doutora Thaís Bandeira de Oliveira Passos
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Profa. Doutora Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Profa. Mestre Ana Gabriela Souza Ferreira
Instituição: Universidade Federal da Bahia

DOS SANTOS, Caroline Guimarães. A responsabilidade penal do *compliance officer* pelo descumprimento dos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). 86 f. il. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2018

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade avaliar a possibilidade de imputação de responsabilidade penal ao *compliance officer* por omissão aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). Para tanto, a presente pesquisa inicia-se com considerações acerca do movimento expansionista do direito penal, em função das demandas pela contenção dos riscos inerentes ao progresso tecnológico-científico, o que conduz à flexibilização dos institutos do direito penal clássico. Em seguida, lançou-se à análise dos aspectos primordiais do delito de lavagem de dinheiro, notadamente, o conceito e as fases da lavagem de dinheiro, as origens da criminalização, o bem jurídico tutelado e as obrigações de *compliance* impostas às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores propícios à prática da lavagem de dinheiro. Compreendidas estas premissas, tratou-se dos programas de *compliance*, com enfoque na *criminal compliance* e nos seus elementos essenciais, em especial a necessidade de designação do *compliance officer* para monitorar o cumprimento do programa de integridade na empresa. A partir daí, passou-se ao estudo dos crimes omissivos e de seus fundamentos e pressupostos. Concluiu-se, então, que os deveres impostos pela lei de lavagem tratam-se, em realidade, de obrigações de colaboração para prevenção da prática de lavagem de capitais, e não de um dever de evitar o resultado. Contudo, ainda que considere que é possível responsabilizar o *compliance officer* por infração aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro, deverá ser demonstrada a omissão da conduta devida, que o agente sabia prática de lavagem, que possuía condições materiais de evitar o resultado e que agiu dolosamente.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; programas de *compliance*; *compliance officer*; crimes omissivos.

DOS SANTOS, Caroline Guimarães. The criminal responsibility of the compliance officer for noncompliance with the duties imposed by the Money Laundering Law (Law 9.613 / 98). 86 f. il. 2018. Monograph (Undergraduate) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, 2018

ABSTRACT

The purpose of this research is to evaluate the possibility of imputation of criminal responsibility to the compliance officer for omission to the duties imposed by the Money Laundering Law (Law 9.613 / 98). Therefore, the present research begins with considerations about the expansionist movement of criminal law, in function of the demands for the containment of the risks inherent to the technological-scientific progress, which leads to the flexibilization of the institutes of classical criminal law. Then, the main aspects of the money laundering offense were analyzed, notably the concept and stages of money laundering, the origins of criminalization, the legal protection and compliance obligations imposed on individuals and legal entities which operate in sectors that are conducive to the practice of money laundering. With these premises in mind, these were compliance programs with a focus on criminal compliance and its essential elements, especially the need to appoint the compliance officer to monitor compliance with the integrity program in the company. From then on, the study of omissive crimes and their foundations and assumptions was made. It was therefore concluded that the duties imposed by the laundering law are in fact obligations to cooperate in order to prevent the practice of laundering, and not a duty to avoid the result. However, even if it considers that it is possible to hold the compliance officer responsible for breach of the duties imposed by the Money Laundering Act, it should be demonstrated that the conduct was not owed, that the agent knew the practice of washing, that he had the material conditions to avoid the result and who acted deceitfully.

Keywords: Money laundering; compliance programs; compliance officer; missive crimes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CP	Código Penal
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CGU	Controladoria Geral da União
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
GAFI	Grupo de Ação Financeira
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	12
2.2 Breves reflexões sobre a tutela penal da ordem econômica.....	17
2.3 - O uso da omissão imprópria como instrumento de repressão à criminalidade econômica.....	20
3. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	22
3.1 – Conceitos e distinções	23
3.2 - Fases da lavagem de dinheiro: ocultação, dissimulação e integração dos recursos provenientes de infração penal	25
3.3 – Origens da criminalização e políticas internacionais de enfrentamento à lavagem de dinheiro.....	27
3.4 – Colaboração do setor privado para prevenção da lavagem de dinheiro	33
3.5 – As políticas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil	35
3.5.1 - A Lei 9.613/98.....	35
3.5.2 – As alterações promovidas pela Lei 12.683/2012	36
3.6 – Análise do art. 9º da Lei de Lavagem: sujeitos obrigados.....	38
3.7 – Obrigações administrativas impostas às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores propícios à lavagem de dinheiro.....	40
4. CRIMINAL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO A LAVAGEM DE DINHEIRO	42
4.1 – <i>Compliance</i> : as origens e antecedentes	42
4.2 – Marco regulatório do <i>compliance</i> no Brasil	45
4.3 – Conceitos, objetivos e funções do programa de <i>compliance</i>	47
4.4 – <i>Criminal compliance</i> : um novo paradigma para o Direito Penal?.....	49
4.5 – Elementos essenciais de um programa de <i>compliance</i>	53
4.6 – Competências do <i>Compliance Officer</i>	57
5. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS PELA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO	59
5.1 - Os delitos omissivos e seus fundamentos	59
5.2 – Distinções entre crimes omissivos próprios e impróprios.....	61
5.3 – Os crimes omissivos impróprios.....	63
5.4 – Pressupostos dos crimes omissivos	65
5.5 – O dever de garante	67

5.5.1 – Teorias explicativas da posição de garante	67
5.5.2 – Fontes da posição de garantidor no Código Penal Brasileiro	69
5.7 – A (im)possibilidade de responsabilização penal do <i>compliance officer</i> por omissão aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro	71
6. CONCLUSÕES	78
7. BIBLIOGRAFIA	80

1. INTRODUÇÃO

O direito penal moderno tem como objetivo imediato proteger bens jurídicos relevantes que se encontram dentro do panorama axiológico indicado pela Constituição, ou aqueles decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, as normas jurídico-penais servem à tutela de bens jurídicos fundamentais a garantia da coexistência social e que, por isso, devem ser protegidos por meio da reprimenda estatal, com a imposição de penas àqueles que violam gravemente a ordem jurídica.

Entretanto, a sociedade contemporânea é marcada por constantes lesões à bens jurídicos de natureza supraindividual, a exemplo da prática de lavagem de dinheiro em setores sensíveis da economia. Para Roxin, o aumento da criminalização não decorre do fracasso do Direito Penal, mas sim das mudanças sociais, técnicas e econômicas da modernidade¹. Nesta a senda, a tutela penal da ordem econômica ganhou espaço nos ordenamentos jurídicos, tendo em vista que a confiança na normalidade das relações de produção, circulação e distribuição de riquezas é indispensável à manutenção e desenvolvimento da comunidade.

No ambiente de uma sociedade globalizada, que pressiona pela criação de medidas de combate aos riscos da atividade econômica, o Direito Penal passa a demonstrar, no dizer de Jesús-Maria Silva Sánchez, um caráter *“también menos garantista, em el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías politico-criminales, sustantivas e procesales”*². Nesse sentido, as legislações penais voltadas à repressão da criminalidade econômica costumam apresentar traços semelhantes³, como: a atribuição de deveres de autorregulação, o incremento dos deveres de vigilância dentro das organizações

¹ROXIN, Claus: *Tem futuro o direito penal?* Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago. 2001. p. 463.

²SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *“El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 6, n. 24. 1988. p. 66.

³ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido. 2017, p. 15.

públicas e privadas e os mandados de evitação de resultados típicos decorrentes dos riscos da atividade empresarial⁴.

O Brasil, por meio das Convenções de Viena (1988), Palermo (2000) e Mérida (2006), se comprometeu a incorporar instrumentos legislativos e administrativos capazes de identificar e reprimir a prática do branqueamento de capitais. Nesta perspectiva, a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.603/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012) impôs inúmeros deveres às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores propícios à lavagem de dinheiro, tais como, registrar transações financeiras, comunicar operações suspeitas e fornecer informações a certas autoridades.

Contudo, como assevera Bock, “frente a uma infinidade de riscos de responsabilidade e uma enxurrada de padrões de obediência legal, o cumprimento da legislação, sem agentes internos de autofiscalização e sem mecanismos organizacionais, não é viável”⁵. Em razão disso, a *criminal compliance* procura evitar a responsabilização de agentes ou da empresa que opere com o mercado financeiro, determinando procedimentos para que com o seu cumprimento, seja evitada uma prática delitiva⁶.

Diante desse cenário autorregulatório, a presente pesquisa visa avaliar a possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer* por omissão aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro.

Visando solucionar esta problemática, o presente estudo buscará responder as seguintes questões: Quais os pressupostos e fundamentos para imputação de responsabilidade por conduta omissiva? Quais fundamentos para identificar um sujeito como agente garantidor? O *compliance officer* detém a posição de garante? É possível a imputação de responsabilidade ao *compliance officer* por omissão aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro?

⁴GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un “cambio de paradigma” em el Derecho penal? La insostenible situación del derecho penal, 2000, págs. 489-505.

⁵BOCK, Dennis apud Bruno Tadeu Buonicore. *Criminal Compliance como gestão de riscos empresariais*. In.: Boletim IBCCRIM 243, maio 2012, p. 18.

⁶GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atual*. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, v.1, n.1, 2014, p.3

A metodologia utilizada foi revisão de literatura, especialmente a bibliografia especializada o assunto, assim como a análise de jurisprudência nacional e internacional.

A presente pesquisa está organizada em quatro capítulos. Inicialmente, apresenta-se um panorama do direito penal na sociedade contemporânea, demonstrando-se que para atender as demandas da “sociedade do risco” os institutos do direito penal clássicos foram flexibilizados.

O segundo capítulo descreve os principais aspectos da Lei de Lavagem de Dinheiro, em especial as alterações promovidas pela Lei 12.683/2012, que ampliou o rol de pessoas obrigadas a colaborar com a prevenção à prática da lavagem de dinheiro e instituiu deveres de *compliance* a estes sujeitos. O terceiro capítulo traça considerações sobre a *criminal compliance*, ressaltando a mudança de paradigma que este instrumento representa para o direito penal, além de indicar os elementos essenciais para garantir a efetividade dos programas de integridade empresarial.

O quarto capítulo discute a possibilidade de responsabilização do *compliance officer* por descumprimento dos deveres previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Para tanto, apresenta um panorama dos crimes omissivos, seus fundamentos e pressupostos.

O tema escolhido é importante porque, nas últimas décadas, as reformas penais – no plano nacional e internacional -, têm sido notadamente marcadas por apresentar propostas para resolver os problemas dogmáticos que envolvem os delitos que afetam bens jurídicos supraindividuais, a exemplo da Lavagem de Capitais. Por conseguinte, é muito comum que as legislações penais recorram a responsabilização de agentes por condutas omissivas. Percebe-se, então, uma expansão do direito penal sobre o *não-fazer*.

Ocorre que, muito embora a legislação e a jurisprudência nacional tratem há muito tempo dos crimes omissivos próprios e impróprios, os órgãos de persecução criminal ainda demonstram dificuldades em vincular a responsabilidade penal de dirigentes de empresas à prática de alguma ação, produzindo, por vezes, uma indesejável imputação de responsabilidade penal por “posição”. Em razão disso, o presente estudo pretende perquirir se, de fato, existe um dever de garante dos sujeitos responsáveis pela observância dos deveres de *compliance* impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro, e, caso positivo, quais os critérios para imputação de responsabilidade destes agentes por omissão imprópria.

2. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

2.1 – A sociedade do risco e a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais (transindividuais ou coletivos *lato sensu*)

A função primordial do direito penal é a proteção de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência social⁷. O direito penal continua a ser a forma mais grave de intervenção estatal sob liberdade do cidadão, de modo que deve limitar-se agir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito⁸. Contudo, a definição dos bens jurídicos tuteláveis pela normal penal e a forma de repressão as graves violações a estes bens não é uma tarefa simples.

As constantes mudanças tecnológicas, sociais e econômicas advindas do fenômeno da globalização permitiram a exposição da sociedade a riscos que não se limitam a lugares e grupos, mas que possuem uma tendência a globalização, desrespeitando as fronteiras dos Estados nacionais⁹. Destaca Silva Dias, que a sociedade moderna passou a ser demandada a adquirir progressivamente consciência de que o progresso tecnológico, científico e econômico que assenta o seu desenvolvimento, a par de inúmeros benefícios, produz graves ameaças para a existência e a qualidade da vida humana¹⁰.

⁷ROXIN, Claus. “*Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*”. “*El derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en el medida en que tales objetivo no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la libertad del ciudadano*”. In Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 446.

⁸ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989, p. 59

⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 19

¹⁰SILVA DIAS, Augusto. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra, 2008, p. 24

Como ressalta Martins Neto¹¹, a consolidação da sociedade de risco impacta definitivamente a compreensão do direito penal diante desse novo cenário de molde que a norma penal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos favorecendo, em face das peculiares características desses chamados riscos contemporâneos, a difusão do discurso da extensão do direito penal. Nessa linha, Yuri Corrêa da Luz considera que a política criminal das últimas décadas caracteriza-se fundamentalmente por criar novos tipos penais e por intervir crescentemente em esferas antes deixadas ou à auto-organização da sociedade civil, ou à regulação administrativa¹².

As modificações nas funções do Estado associada aos riscos da sociedade contemporânea ainda estimula uma alta na produção legislativa de normas criminalizadoras destinadas a tutelar os novos bens jurídicos fundamentais, notadamente o meio ambiente, a organização do trabalho, a previdência social, o sistema econômico-financeiro e outros bens jurídicos de natureza coletiva, supraindividual ou transindividual.

Eduardo Diniz Neto¹³ observa que o que está em confronto é o pensamento teórico do direito penal clássico (*Kernstrafrecht*), com maior representatividade, hoje, pela Escola de Frankfurt, e o chamado “novo direito penal” (direito penal “acessório”), dirigido à proteção de bens jurídicos característicos e peculiares da sociedade pós-industrial.

Nesse sentido, a tendência da modernidade de ampliar o âmbito do comportamento punível sofre severas críticas acerca da sua legitimidade. Juarez Tavares¹⁴ ressalta que, devido ao fenômeno da globalização e dos crescentes riscos que modernidade produz, é possível observar a construção de uma ordem jurídica

¹¹ MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. Direito penal econômico como direito penal de perigo: a tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 27

¹² DA LUZ, Yuri Corrêa. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. 1ªed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 80

¹³ NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. In.: Revista de Direito Público, v. 5, n.2, agosto de 2010, p. 210.

¹⁴TAVARES, Juarez: “Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública”, em *Derecho Penal y Política Transnacional*, Coords. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Barcelona: 2005, pp. 308-309.

excessivamente regulamentadora, na qual o bem jurídico é tratado como uma mera referência formal da norma, perdendo, portanto, seu conteúdo material.

Winfried Hassemer¹⁵ constata que o “direito penal do risco”, ao tentar minorar a insegurança proveniente da sociedade pós-moderna, afasta-se da sua função primordial, que é garantir uma escala de valores imprescindíveis à sociedade, e se transforma em um instrumento de gestão dos desafios da sociedade atual.

Para Prittwitz¹⁶, os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução, na verdade, permanecem sem solução devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal, devendo-se declinar a outros ramos do direito a tarefa de tutela de tais fenômenos.

Diante disso, verifica-se que para parte da doutrina o uso do direito penal como mecanismo de proteção da sociedade em face dos riscos inerentes ao progresso tecnológico, social e econômico carece de fundamento material justificador¹⁷, bem como atribui ao direito penal a função de guardião da sociedade, do Estado e dos seus interesses¹⁸. Segundo estes autores, o direito penal moderno, voltado à repressão de bens jurídicos supraindividuais, estaria, em verdade, exercendo o papel de controlador de políticas públicas, desrespeitando seus princípios basilares e sua missão fundamental.

Por outro lado, Bernd Schünemann¹⁹ entende como uma das missões do direito penal a proteção de bens essenciais à vida, desde que outros ramos do direito se

¹⁵HASSEMER *apud* OLIVEIRA, Alice Q. A expansão penal e o direito de intervenção. In.: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPENDI. Brasília-DF, 2008. p.504.

¹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, n.º 47, p. 31-45, mar.-abr., 2004.

¹⁷RIPOLLÉS, José Luis Díes. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 24. Sobre a temática, Maria Auxiliadora Minahim. Novos limites para a maioria penal: um tema recorrente. Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 164.

¹⁸TAVARES, Juarez: A globalização e os problemas de segurança pública. Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 127-142.

¹⁹SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La*

mostrem incapazes ou insuficientes de garantir a harmonia do meio ambiente, a confiabilidade no sistema econômico-financeiro e na administração da justiça.

De acordo com Gracia Martín²⁰, devido a imprescindibilidade de determinados bens jurídicos supraindividuais ao funcionamento normal da sociedade e dos imprevisíveis danos que as eventuais agressões a estes bens podem causar às coletividades, não é suficiente que tais interesses sejam protegidos somente pelo Direito Administrativo, fazendo-se necessária também a intervenção penal. Silveira critica as tentativas de fazer da política criminal algo atemporal, desvinculada da temporalidade e das sociedades que a determinam²¹. Desse modo, a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais seria perfeitamente compatível com o complexo clássico de direitos e garantias fundamentais.

Destaque-se que, estes autores, muito embora críticos à Escola de Frankfurt, são uníssomos em afirmar que a expansão do direito penal deve ocorrer respeitando-se os direitos e garantias fundamentais típicas do Estado Democrático de Direito. Schünemann, inclusive, critica o uso indiscriminado de delitos de perigo abstrato pela legislação penal, quando é plenamente possível a formulação de tipos de resultado²².

As alterações nas relações entre o Estado e os cidadãos, ocorridas na contemporaneidade, tornaram insuficientes a tese de que o Direito Penal deve preocupar-se em proteger apenas os bens jurídicos de caráter individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio. O resguardo da dignidade da pessoa humana perpassa também pela proteção de bens coletivos, a exemplo do meio ambiente, da saúde pública etc. Entretanto, modernizar o direito penal não significa defender uma criminalização desenfreada ou avessa a garantias individuais. A existência de um direito penal moderno não implica abandono dos princípios e regras tradicionais do sistema penal.

teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197.

²⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegomenos para la lucha por modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia. p. 51

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime*. 1ªed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 19.

²²SCHÜNEMANN apud GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 30.

Sendo assim, é inegável que tanto os bens jurídicos individuais quanto os supraindividuais convivem num Estado Democrático de Direito²³. Neste contexto, as reformas penais produzidas nas últimas décadas – no plano nacional e internacional - foram profundamente marcadas pela tendência legislador em criminalizar agressões aos bens jurídicos peculiares da sociedade contemporânea, dirigindo-se, notoriamente, ao combate ao crime organizado, a criminalidade econômica e a corrupção²⁴.

Isso porque, o fenômeno da globalização, caracterizado pela flexibilização das fronteiras entre os Estados nacionais, possibilitou um constante fluxo de pessoas, de bens e de capitais. Para Anabela Miranda Rodrigues:

A criação de grandes mercados econômicos e a construção de espaços abertos entre Estados, com livre circulação de mercadorias, capitais e de serviços e, naturalmente, de pessoas, são, sem mais, condições ótimas de desenvolvimento e expansão de uma criminalidade cujas características principais são exatamente a organização, o poder econômico e a internacionalização²⁵

Como resposta esta nova conjuntura internacional, os Estados nacionais passaram adotar em suas legislações internas normas de direito penal e de direito processual penal voltadas à repressão da criminalidade econômica, evitando-se, assim, a criação de paraísos jurídicos-penais²⁶.

²³ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49. P. 102-103. 2004.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit, p. 66.

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade Organizada – que política criminal?. In.: Globalização e Direito. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, 2003. p. 199.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, op. cit, p. 70. Sobre este tema, afirma que “*el objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de paraísos jurídico-penales*”.

2.2 Breves reflexões sobre a tutela penal da ordem econômica

Com a consolidação Estado do Bem-Estar Social (*Welfare Estate*) iniciou-se um processo de forte regulamentação sobre a economia, utilizando-se recorrentemente o Direito Penal como instrumento de prevenção e repressão a violências contra a estabilidade do sistema econômico.

Seguindo as tendências da contemporaneidade, a Constituição Federal de 1988 determinou a proteção da ordem econômica, consubstanciada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na garantia da existência digna e na conformidade com os ditames da justiça social (art. 170, caput). A Constituição prevê, ainda, que a lei reprimirá o monopólio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º). Constata-se que o legislador constitucional originário optou por uma economia de mercado, porém, sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador²⁷.

Por outro lado, assere Janaína Paschoal que a presunção de que a Constituição obriga à criminalização, não se coaduna com os princípios informadores do Direito Penal mínimo, atenta contra o próprio Estado democrático de direito, quais sejam o da divisão de poderes e da legalidade²⁸. Sob essa perspectiva, a Constituição deve servir como um limite ao direito penal e não como um elemento justificador de maior intervenção penal nas relações sociais.

Em que pese não se possa extrair da Constituição de 1988 mandados expressos de criminalização de condutas lesivas à ordem econômica, não se trata de um bem jurídico estranho ao ordenamento brasileiro, e, ressalvadas as pertinentes críticas acerca da necessidade e legitimidade da tutela penal da ordem econômica²⁹,

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito constitucional econômico. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10.

²⁸ PASCHOAL, Janaina. Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88

²⁹Nesse sentido, Ney Fayet considera “absurda a ideia segundo a qual se vai superar a seletividade (perversa) do sistema penal por intermédio da sua expansão para os setores com poder econômico e político. Corporifica-se a negação do racionalismo – norte que inspirou, desde os iluministas, a contenção do sistema punitivo”. In.: Revista de Direito da PUC-RS. Direito & Justiça. Vol. 34, n. 2, jul/dezembro de 2008, p. 13. Ainda sobre o tema: FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do Direito Penal

é possível fixar com alguns pontos de partida para o desenvolvimento da presente pesquisa.

As intersecções entre o Direito e a Economia, notadamente, em função da globalização, são a marca distintiva do Direito Penal da atualidade³⁰. Para Prado, o conceito de ordem econômica, de natureza ambígua, como objeto de tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla: na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”³¹.

Inicialmente, cumpre destacar que a ordem econômica, certamente, não pertence ao âmbito de proteção do Direito Penal clássico, idealizado para tutelar bens jurídicos de caráter individual, conectados ao conceito de civilização, a exemplo da vida, do patrimônio, da integridade físico-psíquica, da liberdade sexual. Em verdade, a ordem econômica figura como um bem jurídico supraindividual, de natureza indivisível e titularizado por um número indeterminado de pessoas. O sujeito passivo dos delitos contra a ordem econômica é a coletividade. A indeterminação das vítimas da infração penal é, inclusive, uma das características do Direito Penal moderno.

Luciano Anderson afirma que o abuso da confiança socialmente depositada na reprodução e circulação de riqueza é conduta referencial típica na delinquência econômica³². De acordo com este entendimento, o direito penal econômico visa resguardar a confiança nas relações econômicas entres os indivíduos ou entre estes e o Estado. Por outro lado, o mesmo autor ressalva que este objetivo (de manter a confiabilidade econômica) mostra-se pressuposto, mas não razão suficiente para a criminalização, devendo ser apurada uma sequência de outros critérios dogmáticos e políticos-criminais pertinentes³³.

Econômico.Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

³⁰SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p. 19.

³¹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 9

³² SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 61.

³³ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 63

Segundo Bajo Fernandez³⁴, o Direito Penal Econômico, em sentido estrito, é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Manoel Pedro Pimentel³⁵ afirma que o Direito Penal Econômico é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que este encontre os meios para sua realização, sendo, portanto, a segurança e a regularidade dessa política o objeto jurídico do direito penal econômico.

Esteban Righi³⁶ conceitua delito econômico como um ato lesivo ao interesse do Estado pela integridade e conservação do sistema econômico. De maneira semelhante, afirma Manoel Pimentel³⁷ que o delito econômico é a conduta típica sancionada penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado.

No Brasil, recorda Luciano Anderson³⁸ que a via escolhida pelo legislador para criminalização de infrações econômicas foi a do tratamento do tema em legislação extravagante, a exemplo da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei 4.729/65 (crimes de sonegação fiscal), Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem econômica tributária), Lei 9.603/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e outras.

Neste contexto, o Direito Penal Econômico constitui uma especialização do Direito Penal comum, marcada, fundamentalmente, pela interdisciplinariedade, uma vez que a exata compreensão dessas normas incriminadoras depende de conceitos extraídos do direito civil, administrativo, tributário, financeiro e outros ramos do direito.

Sobre este tema, destaca Klaus Tiedemann³⁹ que os mandados constitucionais que ordenam a criminalização de infrações à ordem econômica também impõem

³⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho - Penal. Parte especial. Vol. II. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993 p. 394.

³⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 21

³⁶ RIGHI, Esteban. Los delitos económicos. Buenos Aires. Ad Hoc. 2009. P. 29.

³⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro, op. cit., p. 25

³⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 37.

³⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitário, español, alemán)*. 1ed. Barcelona: PPU, SA, 1993, p. 123.

dificuldades de ordem técnica para aplicação do direito, especialmente em relação ao princípio da legalidade, pois, em razão da própria natureza dinâmica da matéria econômica, é comum que o legislador utilize remissões a normas extrapenais, que novos os tipos delitivos necessariamente deverão incorporar.

Assim, não obstante a possibilidade de tutela penal da ordem econômica, verifica-se que a criminalização das infrações relativas a este bem jurídico, comumente revela graves problemas de ordem estrutural, ensejando, segundo alguns autores, o abandono ou flexibilização de institutos clássicos do direito penal⁴⁰.

2.3 - O uso da omissão imprópria como instrumento de repressão à criminalidade econômica

Devido à busca incessante do homem contemporâneo pelo desenvolvimento tecnológico, social e econômico, bem como pela intensificação do processo de globalização, o risco passou a ser considerado um aspecto central da organização da sociedade. Desse modo, é evidente que a sensação generalizada de insegurança influenciou na construção da política criminal contemporânea.

Enrique Aftalión⁴¹, citando Marc Angel, percebe que o nascimento do direito penal econômico é marcado em todas as partes por suas deficiências técnicas, por suas transgressões a princípios fundamentais do direito penal clássico, por seus excessos e discricionariedades, levando-se em conta que, em todas as partes, sua promulgação foi uma resposta à necessidade de fazer frente, com urgência, a situações e problemas novos, cujo enfretamento não admitia prorrogação.

Marta Rodriguez Machado⁴² ressalta que as vias de configuração de um direito penal do risco não se efetivam sem que haja, de uma forma ou de outra, um certo distanciamento, um abrandamento ou rearranjo dos princípios do direito penal clássico. Nesse sentido, Silva Sanchez⁴³ aponta que a teoria do delito, na contemporaneidade, passa por novos rumos, principalmente em razão dos problemas

⁴⁰SOUZA, Luciano Anderson. Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

⁴¹ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p. 15.

⁴² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. Monografias IBCCRIM; 34. Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 31.

⁴³SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p. 9

relacionados a imputação de responsabilidade nos delitos típicos do direito penal empresarial.

Ferrando Mantovani⁴⁴ afirma que, no direito penal moderno, os crimes omissivos sofreram uma expansão progressiva, de maneira a levar a dogmática penal a uma revisão da análise do crime, que tradicionalmente se concentra nos crimes comissivos, hoje reserva especial atenção aos crimes omissivos. Trata-se de uma expansão do direito penal sob o não-fazer devido.

Como adverte Silveira⁴⁵, a dificuldade de controle dos atos praticados por empregados, muitas vezes recobertos pelo anonimato da burocracia empresarial, importa agora em uma maior atribuição de deveres de vigilância e controle de riscos à cúpula das empresas. Gradualmente, o Estado deixa de ser o agente central no combate ao crime⁴⁶, e demanda daqueles que atuam em setores sensíveis da economia, o ônus da constante observância das normas e obrigações de colaboração, cujo descumprimento acarreta sanções administrativas e, em alguns casos, penais⁴⁷. A opção pela omissão aparece como uma tentativa de resolução dos problemas relacionados a autoria no âmbito do direito penal econômico.

O fenômeno da globalização e a intensificação do livre mercado exige a uniformização dos padrões legislativos, inclusive, daqueles destinados à prevenção de práticas empresariais criminosas. Por conta disso, observa-se no cenário legislativo nacional e internacional uma predisposição para atribuir aos particulares, que dirigem organizações empresariais, deveres de vigilância, de prevenção à prática criminosas e de comunicação de indícios de crimes às autoridades competentes. Como se vê, a repressão à criminalidade econômica requer muito mais programas preventivos à simples imposição de penas privativas de liberdade.

Descreve Bock⁴⁸ que frente a uma infinidade de riscos de responsabilidade e uma enxurrada de padrões de obediência legal, o cumprimento da legislação, sem

⁴⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 4ª ed. Milão: CEDAM, 2001, pp. 135-136.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit. p. 22

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 51-52

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 51-52

⁴⁸ BOCK, Dennis *apud* BUONICORE, Bruno Tadeu. *Criminal Compliance* como gestão dos riscos empresariais. In.: Boletim IBCCRIM 234, maio/2012, p. 18.

agentes internos de autofiscalização e sem mecanismos organizacionais, não é viável. A observância de todos estes procedimentos de registro de clientes, vigilância dos procedimentos e das condutas dos empregados ou subordinados, bem como de notificação de operações suspeitas exige das organizações empresariais, além da instituição do programa de *compliance*, a designação de membro(s) da corporação para desempenhar o papel de *compliance officer*.

Vale ressaltar que a expansão do uso da omissão imprópria ampliou, na mesma medida, o rol de sujeitos tidos como *garante*, isto é, os responsáveis pela evitação do resultado. Nesse trilhar, Janaina Paschoal⁴⁹ assere que as necessidades da sociedade do risco têm justificado um alargamento do conceito de garantidor (posição de garantidor) que dá fundamento à atribuição de responsabilidade à título de comissão por omissão. Com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro e os deveres de *compliance* por ela impostos, é possível suscitar algumas questões, como: o *compliance officer* pode ocupar posição de garante e ser responsabilizado por um crime omissivo impróprio? A ele pode ser imputado ação típica de lavagem de capitais por omissão imprópria?

Ocorre que, o direito penal fundado nos princípios de um Estado Democrático de Direito não pode permitir a imputação de responsabilidade penal em função da “posição” que um sujeito ocupa numa organização empresarial, admitindo-se indevidamente a possibilidade de responsabilidade penal objetiva. O direito penal sob a perspectiva garantista⁵⁰ requer, e, é isto que a presente pesquisa visa demonstrar que, para a imputação de responsabilidade pela via da omissão imprópria, é necessário além do dever e do poder de agir nas circunstâncias, o elemento subjetivo dolo.

3. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

⁴⁹ PASCHOAL, Janaina Conceição. Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 127.

⁵⁰FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

3.1 – Conceitos e distinções

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por ser um complexo processo de conversão, dissimulação e integração de bens, direitos e valores oriundos de atividade criminosa. A finalidade deste delito é ocultar os recursos auferidos com o crime antecedente, de modo a dar-lhes uma aparência de licitude.

Nesse sentido, afirma Blanco Cordero⁵¹ que “a lavagem de dinheiro é o processo pelo qual os bens de origem delitiva são integrados ao sistema econômico-legal com aparência de haver sido obtidos de maneira lícita”. Segundo o COAF, esse procedimento envolve diversas transações financeiras com vistas a “ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos”⁵².

De maneira semelhante, Marco Antônio Barros⁵³ considera que a lavagem de capitais distingue-se por ser um complexo de transações comerciais e financeiras que objetiva a incorporação nas economias, “de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico teoricamente composto de três fases independentes e simultâneas, denominadas conversão, dissimulação e integração”.

Berdugo Gómez de la Torre entende que o delito de lavagem de dinheiro “caracteriza-se por ser um processo longo, por meio do qual se distanciam progressivamente os ativos obtidos ilicitamente, de sua origem criminosa, com o objetivo de dotá-los da aparência de lícitos”⁵⁴. Nas palavras de Badaró e Bottini, “trata-se, em suma, do movimento de afastamento dos bens e do seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com a sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”.

⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2ª ed. Navarra: Arazandi, 2001, p. 101.

⁵² COAF, Lavagem de Dinheiro. Um problema mundial. Cartilha. 1999, p.1

⁵³ BARROS, Marco Antônio. Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas, com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 89-90

⁵⁴ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La emancipación del delito de blanqueo de capitales em el derecho penal español*. La Ley 27 de diciembre de 2010, ano 15, p. 69

Na linha dessas definições, o crime de lavagem de dinheiro apresenta pontos de aproximação com os delitos de receptação (art. 180, CP) e favorecimento real (art. 349, CP). Todavia, as operações típicas de lavagem não se adequam aos elementos objetivos e subjetivos exigidos pela norma que criminaliza o branqueamento de capitais. Limitar-se a estes tipos penais tornaria a persecução penal inócua.

Sob essa perspectiva, importar ressaltar que a receptação (art. 180, CP) “é o crime que produz a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de crime anterior praticado por outrem”⁵⁵. Trata-se de um crime contra o patrimônio, cujo objeto material somente pode ser coisa móvel. Segundo Bitencourt⁵⁶, a marca distintiva entre este crime e o delito de lavagem de dinheiro encontra-se na finalidade e natureza da ocultação, tendo em vista que para a tipificação da receptação, na modalidade ocultação, é suficiente a tradição da *res* proveniente diretamente de outro crime e que seja ela escondida, em proveito próprio do receptador, ou de outrem; por outro lado, a caracterização do crime de lavagem de dinheiro demanda que a ocultação esteja destinada a dar aparência lícita ao produto de outro crime⁵⁷.

Quanto ao delito de favorecimento real, Badaró e Bottini explicam que este crime “é próprio – pois o autor tem a característica especial negativa de não ser o agente do crime antecedente – e o de lavagem é comum, pode ser praticado por qualquer pessoa”⁵⁸. Ademais, o favorecimento real (art. 349, CP) exige que o auxílio prestado ao criminoso deva limitar-se à finalidade de tornar seguro o proveito do crime, para que o próprio agente do crime precedente possa dele usufruir⁵⁹. Contudo, a prática da lavagem requer que os atos de encobrimento estejam destinados a integrar o processo de reciclagem, ou seja, que sejam eles praticados para dar aparência lícita ao proveito econômico de outro crime⁶⁰.

Consoante se observa, a lavagem de dinheiro consiste em um complexo de atos destinados a ocultar, dissimular e reintegrar recursos obtidos com práticas criminosas na economia formal, de modo a dar-lhes uma aparência de licitude. Diante

⁵⁵BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 453

⁵⁶Idem, p. 455

⁵⁷ Idem, p. 453

⁵⁸BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 92

⁵⁹BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p.457

⁶⁰ Idem, p. 457

disso, se tornou necessária a criminalização do branqueamento de capitais de maneira autônoma, pois, a execução desse crime exige “uma cadeia de atos dotados de relevância jurídico-econômica com a intervenção de uma série de sujeitos”⁶¹. A prática do crime antecedente, associada à inserção de ativos ilícitos no sistema econômico-financeiro explica o maior grau de reprovabilidade da conduta.

3.2 - Fases da lavagem de dinheiro: ocultação, dissimulação e integração dos recursos provenientes de infração penal

Os organismos internacionais de repressão à lavagem de dinheiro e a doutrina especializada costumam apontar que a lavagem de dinheiro se realiza em três etapas: colocação, dissimulação e integração dos bens ao sistema econômico⁶². Badaró e Bottini alertam que, na prática, é comum a sobreposição de etapas do delito, sendo difícil identificar o término de uma e início de outra⁶³. É possível, ainda, que este crime ocorra em uma única etapa ou por uma série de atos, todos característicos da mesma fase⁶⁴. Essa divisão, portanto, trata-se de um recurso didático que objetiva melhorar a compreensão do processo de lavagem de capitais.

A primeira fase é a colocação (*placement*, conversão, ocultação), que consiste na transformação dos bens oriundos da atividade criminosa em valores manejáveis, de menor visibilidade⁶⁵. Neste momento, a finalidade é afastar os recursos financeiros

⁶¹ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián., op. cit., p. 69

⁶²Nesse sentido, ver Relatório do GAFI, em <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/typologiesreportonproliferationfinancing.html>.

Acessado em 13/07/2018; COAF, Lavagem de Dinheiro – um problema mundial. Cartilha, p. 4; PRADO, Luiz Regis. Direito Penal econômico. 4ª ed. Revista dos Tribunais.: São Paulo, 2011, p. 354; BLANCO CORDERO, Isidoro *El delito de blanqueo de capitales*. op. cit., p. 3; MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro. 2ª ed. Malheiros.: São Paulo, 2007, p. 37; BARROS, Marco Antônio. Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas, op. cit., p. 93; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 32, entre outros.

⁶³BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 32

⁶⁴ SCHORSCHER, Vivian Cristina. A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 23

⁶⁵BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 444

da sua origem delituosa. Segundo Callegari⁶⁶, esta separação é necessária porque os agentes são conscientes de que a manutenção de grandes quantias pode gerar suspeitas acerca da sua procedência ilícita.

Para tanto, é comum que os criminosos pratiquem *structuring* ou *smurfing*, que é a realização de transações financeiras em quantias abaixo do valor que a legislação exige para registro da operação⁶⁷; aquisição de bens de grande valor passíveis de serem comercializados facilmente (ouro, joias, pedras preciosas)⁶⁸; a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira, se depósito em contas de terceiros (laranjas)⁶⁹, além da mescla de recursos lícitos com ilícitos, de modo a justificar que o grande volume de dinheiro provém das receitas de uma atividade lícita⁷⁰.

A segunda etapa é a dissimulação (estratificação, *layering*, mascaramento), que se reveste de várias e sucessivas operações e transações econômico-financeiras, feitas com o propósito de disfarçar e diluir a ilícita origem do dinheiro sujo, para torná-lo aparentemente limpo e insuspeito, sendo então utilizadas muitas contas bancárias, investimentos diversificados, aplicações em bolsa e outros⁷¹. Nesta fase, o objetivo é afastar ainda mais as suspeitas acerca da ilicitude dos bens, direitos e valores, diluindo os montantes em diversas operações e negócios.

A última fase é a integração (*recycling*), que se traduz na devolução dos recursos ilícitos ao sistema econômico. Os bens, direitos e valores já podem ser razoavelmente justificados, em razão dos processos de ocultação e dissimulação que lhe deram aparência de licitude. Essa é a fase de mais difícil investigação e comprovação, uma vez que o procedimento de lavagem está praticamente concluído e, em muitas ocasiões, o dinheiro lavado é utilizado junto a negócios lícitos⁷², ou, mediante aquisição de bens em geral, sendo, o capital, com aparência lícita, reintroduzido no setor econômico-financeiro⁷³. É possível, também, que estes

⁶⁶ CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos. Livraria do Advogado: 2003, p. 48

⁶⁷BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 32

⁶⁸BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 444

⁶⁹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 32

⁷⁰ BARROS, Marco Antônio., op. cit., p. 93

⁷¹ Idem, p. 4

⁷²BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 445

⁷³ BARROS, Marco Antônio, op. cit., p. 45-46

recursos sejam reinseridos no mercado por intermédio de simulação de negócios internacionais, compra e venda de imóveis com valores diferentes dos comumente praticadas, empréstimos de regresso (*loanback*), dentre outras práticas⁷⁴.

A lei nacional de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12. 683/2012) exige somente a finalização da etapa de conversão⁷⁵. Sendo assim, para que o crime de lavagem de capitais seja consumado não é necessária a realização de todo o ciclo trifásico, bastando que os recursos sejam ocultados, no intuito de, posteriormente, serem reintroduzidos na economia.

3.3 – Origens da criminalização e políticas internacionais de enfrentamento à lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro é ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade de bens, valores e direitos de origem delitativa ou contravencional, com a finalidade de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude⁷⁶.

O *nomen iuris* lavagem de dinheiro originou-se a partir da expressão *Money laundering*, utilizado pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1982, no curso de um processo judicial, no qual se denunciava suposta “lavagem” de dinheiro originário do tráfico de cocaína⁷⁷. Além disso, as antigas organizações criminosas americanas costumavam usar casas de lavanderias para legalizar os fundos provenientes de atividades ilícitas⁷⁸. Até o presente momento, os Estados Unidos utilizam a expressão *Money laundering*; em Portugal, *branqueamento de capitais*; na Argentina, *lavado de dinero*; na Espanha, *blanqueo de dinero* e na França, *blanchiment d’argent*⁷⁹.

A legislação brasileira adotou a expressão “lavagem de dinheiro” para definir o crime tipificado no art. 1º da Lei 9.613/98, utilizando-a como sinônimo de ocultação de

⁷⁴BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 33

⁷⁵ Idem, ibidem

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

⁷⁷BARROS, Marco Antônio, op. cit., p. 91

⁷⁸ Idem, p. 91

⁷⁹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 29

bens, direitos e valores⁸⁰. Segundo a Transparência Internacional, a expressão traduz o processo mediante o qual se oculta a origem, a titularidade ou o destino de recursos obtidos por meios ilícitos ou fraudulentos, sendo incorporados a atividades econômicas lícitas.

Blanco Cordero afirma que a política criminal de combate à lavagem de dinheiro produzida nos anos oitenta era fundamentalmente marcada por uma regulação muito estrita, cujo objetivo central era prevenir, detectar e sancionar a lavagem de dinheiro, retratando as demandas da época pela desregulamentação do sistema financeiro. Contudo, o cenário de crise econômica, provocado, em parte, pelo excesso de liberalização econômica estimulou uma mudança de postura dos Estados e organismos internacionais, na medida em que passaram a regular mais intensamente o sistema financeiro nacional⁸¹.

No início do século XX, em razão da expansão do tráfico ilegal de drogas, da criminalidade econômica, da evasão fiscal e de divisas, do contrabando, bem como do desenvolvimento de grupos criminosos de maneira estruturada, hierarquizada e globalizada, estimulou uma mudança nos métodos de combate à lavagem de dinheiro⁸². Os países e organismos internacionais compreenderam que para o desmantelamento dessas organizações criminosas seriam necessários novos instrumentos de persecução criminal, não sendo mais suficiente somente a identificação e prisão dos seus membros. Traçou-se, então, a estratégia de investigação baseada em *follow the Money*, que consiste em rastrear os recursos ilícitos, associada ao sequestro e confisco destes bens, direitos e valores (*catch the Money*)⁸³. Este método objetiva cessar a introdução de dinheiro ilícito na economia formal, assim como dissuadir os criminosos de cometer delitos que lhe geram grandes benefícios econômicos⁸⁴.

⁸⁰ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal econômico. 1ª ed. São Paulo. Saraiva. 2016, p. 441

⁸¹CORDERO, Isidoro Blanco. Eficácia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastian, n. 23, 2009, p. 1

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit. p. 30

⁸³CORDERO, Isidoro Blanco, op. cit., p. 9

⁸⁴BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 441

Ademais, diversos países passaram a adotar um complexo de normas administrativas e penais destinadas a identificação de recursos provenientes de infração penal. Importa destacar que para a efetividade do rastreamento dos valores maculados exigiu-se o desenvolvimento de mecanismos de cooperação internacional, além de um esforço no sentido de proporcionar uma uniformização das legislações, a fim de facilitar a comunicação de atos e diligências conjuntas⁸⁵.

Nesse sentido, o primeiro diploma normativo internacional de combate à lavagem de dinheiro é a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988. Como instrumento de combate ao tráfico de drogas, a Convenção recomenda, no seu art. 3º, que os países signatários criminalizem a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes do tráfico de entorpecentes, bem como a ocultação ou encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimento ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem do tráfico de drogas.

Outro diploma normativo que trata da lavagem de capitais é a Convenção de Palermo, de 2000, que possui a finalidade de combater o crime organizado transnacional. Resume Badaró e Bottini que a referida Convenção define “crime organizado”, aponta meios eficazes de investigação e discorre sobre a lavagem de dinheiro, entendida como a conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produtos do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração penal a furtar-se da consequência jurídica de seus atos⁸⁶.

Observa-se que a Convenção de Palermo apresentou avanços em relação à Convenção de Viena, que previa somente o tráfico de drogas como crime antecedente, passando a indicar um rol de crimes que podem gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro. Além disso, a Convenção de Palermo recomenda, em seu

⁸⁵ CALLEGARI, André Luís. Lavagem de Dinheiro. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.37

⁸⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 37

art. 7º, a adoção de medidas de prevenção à lavagem de dinheiro nos setores bancário e financeiro.⁸⁷

Por sua vez, a Convenção de Mérida, instituída em 2003, visa o combate à corrupção e o reconhecimento pelos países signatários de que esta prática enfraquece as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e comprometem o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. De acordo com o texto dessa Convenção, os Estados Partes devem selecionar agentes públicos por critérios meritocráticos; garantir a transparência no financiamento de campanhas de candidatos e partidos políticos; estimular denúncias de corrupção por parte dos servidores, e de desestimular o recebimento de presentes, ou de qualquer ação que possa causar conflito de interesses.

No que concerne à prevenção ao delito de lavagem de capitais, a Convenção de Mérida determinou aos signatários que estabelecessem um amplo regimento interno para regulamentar e supervisionar bancos e instituições financeiras não bancárias. Na mesma medida, os Estados-parte deveriam fiscalizar as pessoas físicas e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando necessário, outros órgãos dentro de sua jurisdição nos quais recaísse particular suspeita de serem utilizados para a lavagem de dinheiro.

As medidas objetivam prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro. Para tanto, a referida Convenção recomenda que a elaboração do regimento dê especial atenção aos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas.

Além disso, conta-se com outros diplomas internacionais como as Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de lavagem de dinheiro (91/308/CE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2015/849/CE), pois, muito embora o Brasil não esteja inserido no contexto da União Europeia, devido ao intrincado conjunto de disposições que regem o sistema de

⁸⁷ 1. Cada Estado-parte: a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente suscetíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas.

cooperação internacional sobre lavagem de dinheiro, o país sofre influência direta e indireta de medidas de caráter interno ao bloco⁸⁸.

Dentre estas diretivas, convém destacar a 3ª Diretriz do Conselho Europeu de Estrasburgo (2005), em que se recomenda que os Estados membros criem Unidades de Inteligência Financeira (UIF), responsáveis por receber, analisar e transmitir às autoridades competentes informações sobre operações suspeitas, como medidas de preservação da integralidade dos sistemas financeiros por meio do combate aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo⁸⁹. Isso porque, segundo o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, as instituições financeiras manejam informações sobre transações que podem ser utilizadas para ocultar ações criminosas⁹⁰. A finalidade da instituição das UIFs é, portanto, a facilitação do rastreamento de recursos maculados, ainda que, protegidos pelo manto da confidencialidade.

Em razão das transformações contínuas das atividades e setores propícios à prática da lavagem de capitais e do aperfeiçoamento dos mecanismos utilizados pelos agentes para execução deste crime, foram criados grupos internacionais especializados no monitoramento da lavagem de dinheiro no mundo. O objetivo destes grupos é, essencialmente, a identificação de novos métodos de branqueamento de capitais, bem como a expedição de recomendações para prevenção e repressão desse tipo de prática.

O Grupo de Ação Financeira (GAFI) e o *Financial Action Task Force* (FATF) foram instituídos, em 1989, pelo G7 (grupo de países mais industrializados do mundo), com a finalidade de criar normas para prevenção da lavagem de dinheiro, do financiamento do terrorismo e de outras operações que prejudiquem o sistema financeiro internacional. Para alcançar suas metas, o FATF-GAFI realiza estudos e diagnósticos, elabora planos e estratégias e desenvolve sistemas de avaliação e controle das atividades sensíveis à lavagem de capitais.⁹¹

Um ano após a sua criação (1990), o FATF-GAFI publicou as Quarenta Recomendações, na qual aponta-se para a necessidade de que os países tipifiquem

⁸⁸BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 39

⁸⁹BITENCOURT, Cezar Roberto., op. cit., p. 439

⁹⁰ Idem

⁹¹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 38

em seus ordenamentos jurídico o crime de lavagem de dinheiro⁹². Em resumo, as principais medidas administrativas e legislativas recomendadas aos países são: a definição de autoridades para avaliação do risco de lavagem de dinheiro; cooperação e coordenação nacional para o combate à lavagem de capitais; tipificação da lavagem de dinheiro como crime; instituição de medidas cautelares para evitar a inserção de recursos ilícitos na economia; instituição de regras administrativas para pessoas que operam no sistema financeiro; tipificar o delito de financiamento do terrorismo; impor sanções financeiras às pessoas responsáveis pelo financiamento do terrorismo; manutenção de registros de clientes pelas empresas e vedação do anonimato nas operações bancárias.

Registre-se que a dinamicidade das relações econômico-financeiras, somadas às técnicas de lavagem de capitais que surgem a cada dia, demandam o constante aprimoramento das normas e diretrizes para o combate à criminalidade econômica. Por conta disso, as Quarenta Recomendações expedidas pela FATF-GAFI foram atualizadas em 1996 e em 2012.

Associados ao FATF-GAFI funcionam outros grupos regionais antilavagem de dinheiro, a exemplo do APG (Ásia e Pacífico), o CFATF (Caribe), EAG (Eurásia), ESSAMLG (África do Sul), GAFISUD (América do Sul), dentre outros⁹³.

Por fim, o Grupo Egmont, criado na cidade de Bruxelas, em 1995, visa facilitar a troca de informações entre as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs) de todo o mundo, permitindo o aperfeiçoamento dos meios de cooperação e aprimoramento dos mecanismos de luta contra a lavagem de capitais e o financiamento do terrorismo⁹⁴.

Verifica-se que a complexidade das relações financeiras nesta era de globalização, o cenário de insegurança do mercado internacional e o desenvolvimento de organizações criminosas que inserem milhões de dólares na economia formal

⁹² As quarenta recomendações, FATF-GAFI, p. 2: 1. Os países deveriam tipificar a lavagem de dinheiro de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, e na Convenção de Palermo, de 2000. Os países deveriam vincular o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de forma a abranger o conjunto mais amplo de crimes antecedentes ou ainda uma combinação destes critérios.

⁹³BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *op. cit.*, 39

⁹⁴PIMENTA, Pablo Fabrício de Souza. Aspectos da nova Lei de Lavagem de Capitais. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 51

estimula a cooperação entre os Estados e organismos internacionais para prevenção e repressão da lavagem de capitais, manifestando-se pela criação de diversas normas e recomendações administrativas e legislativas.

3.4 – Colaboração do setor privado para prevenção da lavagem de dinheiro

O aperfeiçoamento dos processos de lavagem de dinheiro tornou extremamente difícil aos órgãos públicos de persecução penal a identificação e sequestro de recursos provenientes de infração penal. Por conseguinte, a política criminal de combate ao branqueamento de capitais exige a cooperação mútua entre setor público e setor privado. Nesse sentido, as principais legislações internacionais dirigidas à prevenção e a repressão da lavagem de dinheiro, a exemplo da Convenção de Viena, Palermo e Mérida, bem como as recomendações do FATF-GAFI, apontam para a necessidade da cooperação privada para rastreamento dos bens ilícitos.

Ressalta Sánchez Rios⁹⁵ que a política criminal voltada à prevenção e repressão de ativos maculados e à retirada do produto ilícito do delito da economia, bem como o perdimento do patrimônio adquirido de forma ilegal, passou a impor ao sistema bancário e aos agentes financeiros a obrigação de colaborar com a *persecutio criminis*, comunicando às autoridades competentes toda a vez que se depararem com uma atividade suspeita envolvendo quantias determinadas, além do dever de comunicar às autoridades ou instituições respectivas movimentos e transações monetárias suspeitas.

De maneira geral, as normas de colaboração impõem aos setores comumente utilizados para a lavagem de dinheiro (bancos, casas de câmbio, corretoras): a criação de registros e a manutenção de cadastros com informações precisas e atualizadas sobre clientes e suas operações; a comunicação às autoridades competentes de atos e transações suspeitas de lavagem de dinheiro e implementação de um sistema de *compliance*⁹⁶.

⁹⁵ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões. In: VILARD, Celso; PEREIRA, Flávia; DIAS NETO, Theodomiro (Org.). Direito penal econômico: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265

⁹⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 41

Percebe-se uma expansão das entidades responsáveis pelo auxílio a persecução criminal da lavagem de capitais. Segundo Rodrigo Sánchez Rios, a tendência atual da política criminal é “ampliar o rol de pessoas ou categorias profissionais a se integrarem na estratégia do controle obrigatório da lavagem de dinheiro e de ganhos ilegais”⁹⁷.

Essas pessoas físicas ou instituições obrigadas a prestar informações às autoridades costumam ser denominadas de *gatekeepers*, pois agem como torres de vigias, na medida em lidam diariamente com informações relevantes para ocultação de bens, valores e direitos proveniente ilícitos e devem ser responsáveis pela higidez do sistema financeiro⁹⁸. Por outro lado, a atribuição de deveres de colaboração a agentes privados é vista com prudência pela doutrina. Rodrigo Sánchez Rios aponta para a necessidade de um equilíbrio na atribuição de responsabilidade aos particulares, sob pena de violação a direitos fundamentais⁹⁹.

Badaró e Bottini entendem que o cumprimento das regras de registro e comunicação transforma as instituições em colaboradores cogentes, que devem comunicar eventuais atividades ilícitas praticas por seus clientes, forçando a reformulação de políticas de relacionamento, para que alcance um equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com o cliente¹⁰⁰.

É inegável a relevância da cooperação privada para o efetivo rastreamento e sequestro dos bens, valores e direitos provenientes de atividade ilícita. Contudo, registre-se que os Estados no momento da imposição de deveres de colaboração aos particulares deverão observar a proporcionalidade e necessidade da medida à luz do rol de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, assim como a não causação de prejuízos para a atividade econômica desenvolvida pelas entidades obrigadas.

⁹⁷ SÁNCHEZ RIOS, op. cit., p. 272

⁹⁸ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. Teresina, ano 2012. N. 1411. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9862/sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos>. Acessado em 15/07/2108.

⁹⁹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. op. cit., p. 269.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 42

3.5 – As políticas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil

3.5.1 - A Lei 9.613/98

O Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais antilavagem, notadamente das Convenções de Viena, Palermo e Mérida. Ocorre que, muito embora a Convenção de Viena haja sido ratificada em 1991, por meio do Decreto 154, somente em 1996, o Ministério da Justiça apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.688/1997, tipificando o delito de lavagem de dinheiro, que, posteriormente, foi convertido na Lei 9.613/98.

A Convenção de Viena recomenda a tipificação do crime de lavagem de dinheiro quando o recurso ilícito reciclado provém da prática de tráfico de entorpecentes (o que se costuma denominar primeira geração de leis), contudo, a legislação brasileira foi um pouco mais além ao estabelecer como crime antecedente qualquer um praticado por organização criminosa, de modo que qualquer tipo de delito, realizado por organização criminosa, e que tenha auferido recurso poderia ensejar a imputação de lavagem de dinheiro. Em razão disso, parte da doutrina considera que a Lei 9.613/98 representa a segunda geração de medidas legislativas voltadas ao combate ao branqueamento de capitais.

Destaque-se que Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do Brasil, foi criado pela Lei n. 9613/98, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades (art. 14 da Lei 9.613/98). O COAF deve, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores (art. 14, §2º da Lei de Lavagem de Dinheiro).

Para tanto, o COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas (art. 14, §3º da Lei 9613/98). De posse dessas informações, deverá comunicar às autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de indícios de práticas criminosas.

Por outro lado, as atribuições do COAF de regulamentação são válidas apenas para setores sem órgão regulatório próprio, como empresas de *factoring*, de comércio de joias, metais preciosos, pedras, objetos de arte e antiguidades. As demais entidades devem atender as diretrizes do seu órgão regulamentador¹⁰¹. Entretanto, todas as atividades que operam em setores sensíveis devem atender às requisições de informações formuladas pelo COAF, ainda que desprovidas de autorização judicial (alteração promovida pela Lei 12.683/2012), cabendo-lhes preservar o sigilo das informações prestadas¹⁰².

A Lei 9.613/98, marco regulatório nacional sobre o crime de reciclagem de capitais, sofreu alterações pontuais em 2002 (Lei 10.467, que inseriu os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira como antecedentes de lavagem de dinheiro) e em 2003 (Lei 10.701/2002, que incluiu o financiamento do terrorismo como antecedente da lavagem)¹⁰³. Por sua vez, a Lei 12.683/2012 promoveu mudanças profundas na Lei de Lavagem de Capitais, sob a justificativa de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

3.5.2 – As alterações promovidas pela Lei 12.683/2012

Inicialmente, cumpre anotar a expansão do âmbito da punibilidade após a promulgação da Lei 12.683/2012. Nesse sentido, o art. 1º da Lei de Lavagem passou a conceituar a prática de reciclagem de capitais da seguinte maneira: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de *infração penal*”. Constata-se que a nova redação permite, em princípio, que as condutas antecedentes ao branqueamento sejam crimes ou contravenções penais.

Outra modificação importante se encontra no art. 1º, §2º, I da Lei 9.613/98, que eliminou a expressão “que sabe”, realimentando a discussão acerca da possibilidade de se punir a título de dolo eventual. Em outras palavras, seria permitida a imputação

¹⁰¹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 36

¹⁰²Idem, p. 49

¹⁰³ Idem, p. 43

de responsabilidade pelo crime de lavagem de dinheiro se o agente simplesmente desconfiar da procedência ilícita dos bens?

Para os defensores deste entendimento¹⁰⁴, o item 40 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 é claro ao admitir o dolo eventual para as hipóteses previstas no *caput*. Além disso, argumentam que Convenção de Varsóvia (2005) recomendou que os países signatários tomassem medidas para entender como crime os casos de lavagem em que o agente suspeitava da origem ilícita dos bens ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens¹⁰⁵. Com apoio na necessidade de eficácia na proteção de dos bens jurídicos penais, Mendroni considera que afastar a possível incidência do dolo indireto/alternativo ou eventual, seria tornar a lei mais branda, impensável em uma reforma legislativa dessa natureza¹⁰⁶.

De outro modo, Badaró e Bottini sustentam que aceitar o dolo eventual na lavagem de dinheiro não parece adequado do ponto de vista sistemático, ou sob uma perspectiva político-criminal¹⁰⁷.

Do prisma sistemático, percebe-se que o dolo eventual, quando admitido pelo legislador, está sempre acompanhado pela expressão “deve saber”, como fez com outros tipos penais que admitem o dolo eventual, a exemplo daqueles inseridos nos art. 130 (perigo de contágio venéreo), art. 180, §1º (receptação qualificada) e art. 316, §1º (excesso de exação), todos do Código Penal. Sob o enfoque da política criminal, a aceitação do dolo eventual impõe uma carga custosa às atividades econômicas e financeiras, pois é sempre possível desconfiar da procedência de determinado capital ou dinheiro¹⁰⁸.

Por fim, para Barrosseria temerário e configura uma interpretação extensiva prejudicial, demasiadamente insegura para a defesa do réu, admitir que na ausência

¹⁰⁴ No julgamento da Ação Penal 470 (Caso Mensalão), o Ministro Celso de Mello e a Ministra Rosa Weber admitiram o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Por outro lado, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, não acolheram este entendimento, considerando necessária a presença do dolo direito.

¹⁰⁵BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 140

¹⁰⁶MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 79.

¹⁰⁷BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit. p. 139

¹⁰⁸BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit p. 141-142

de previsão legal da forma culposa, seja possível substituí-la pela aplicação da teoria do dolo eventual, para o fim de se evitar eventuais situações de impunidade¹⁰⁹.

3.6 – Análise do art. 9º da Lei de Lavagem: sujeitos obrigados

Merece destaque a alteração promovida pela Lei 12.683/2012, consistente na expansão do rol dos sujeitos obrigados a cumprir deveres administrativos previstos nos arts. 10 e 11 da referida lei. Atualizou-se a redação de três incisos do art. 9º (I, X e XII), objetivando abranger mais pessoas que, de caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, desenvolvam atividades em setores comumente utilizados para a reciclagem de capitais.

A rigidez dos controles impostos a determinados setores levou à transposição das atividades de lavagem de dinheiro para outros setores, menos fiscalizados¹¹⁰. De fato, o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas para “lavar dinheiro” requer a frequente atualização dos instrumentos legislativos e administrativos, com vistas a evitar lacunas e a impunidade.

Com efeito, a partir da publicação da Lei 12.683/2012, todas as pessoas físicas que atuem em setores propícios à lavagem de dinheiro devem cumprir os deveres de vigilância e notificação, previstos nos arts. 10 e 11 da referida lei. Anteriormente, apenas pessoas jurídicas eram obrigadas a armazenar dados, registrar clientes e comunicar às autoridades competentes eventuais operações suspeitas.

Além disso, a nova lei acrescentou seis novos incisos para incluir novas hipóteses em que pessoas físicas/jurídicas também são obrigadas a prestar as informações de que tratam os arts. 10 e 11 do referido diploma normativo, a saber:

As juntas comerciais e os registros públicos, as pessoas físicas ou jurídicas que na atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferências de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares, as empresas de transporte e guarda de valores, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor

¹⁰⁹BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 63-64.

¹¹⁰BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 44

de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização e as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo¹¹¹.

Ressalta De Grandis que o novo art. 9.º, parágrafo único, XIV, da Lei de Lavagem foi influenciado pelo contexto normativo vigente no plano internacional, haja vista a existência, no âmbito da Comunidade Europeia, das Diretivas 91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2008/20/CE, emitidas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, relacionadas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo¹¹².

Ainda sobre este aspecto, verifica-se que o inciso XIV do art. 9º inseriu na lista de pessoas obrigadas:

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

Este dispositivo permite, em tese, a imposição de deveres de comunicação àquelas pessoas que atuam protegidas pelo sigilo profissional, tal como os advogados. Nesse sentido, as Recomendações do GAFI de n. 5, 6, 8 a 11, e especialmente a Recomendação de n. 12, indicam expressamente possibilidade de atribuir obrigações de colaboração à classe dos advogados.

¹¹¹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit p.45

¹¹² DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. Boletim IBCCRIM. n. 237. Agosto. 2012. p.9

Entretanto, no Brasil, a doutrina majoritária¹¹³ entende que o advogado, no exercício típico da profissão, não tem o dever de comunicar atividades ilícitas ou suspeitas que cheguem ao seu conhecimento, em razão da prática profissional, pois, a inviolabilidade das informações do cliente é protegida em lei especial (Estatuto da OAB).

3.7 – Obrigações administrativas impostas às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores propícios à lavagem de dinheiro

A Lei nº 9.613/98 impôs às instituições que atuam em setores sensíveis da economia, e, por conseguinte a seus membros, deveres de colaboração com vistas à prevenção e repressão do delito de lavagem de dinheiro. De fato, a complexidade deste tipo de crime, associada às dificuldades de investigação por parte dos órgãos públicos, tornou imprescindível a colaboração de entes privados para o combate à lavagem de capitais, notadamente porque estas pessoas operam dia-a-dia com informações relevantes para detecção da autoria e materialidade do crime de reciclagem de capitais.

Segundo Rizzo, o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro “é composto por um conjunto de disciplinas e procedimentos que tem como objetivo vedar a instituição contra o ingresso de dinheiro advindo de atividades criminosas, para posterior reinserção no sistema econômico”¹¹⁴. Além disso, os principais documentos internacionais destinados ao combate à lavagem de dinheiro recomendam a instituição de deveres de colaboração às entidades privadas que atuam em setores sensíveis.

Nessa linha, a Lei de Lavagem determina que as pessoas físicas e jurídicas que atuam nos setores previstos no art. 9º da referida lei devem identificar seus clientes e manter cadastros atualizados, bem como armazenar os registros das

¹¹³SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões. In *Direito Penal Econômico. Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit p. 71-73.

¹¹⁴ RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro*. São Paulo: Trevisan Editora, 2013. p. 139.

operações financeira que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente (art. 10).

A prática do *know your customer* (conheça seu cliente) é a coluna vertebral do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, pois permite que a instituição e o Poder Público - quando necessário - tenha acesso aos dados dos clientes, e identifique com facilidade incompatibilidades, incongruências e operações suspeitas¹¹⁵.

Seguindo as recomendações internacionais, o Banco Central do Brasil (BACEN) determinou, no art. 2º da Carta Circular 3461, a obrigatoriedade de coleta, sistematização e armazenamento de informações sobre clientes, especialmente aqueles identificados como “pessoas politicamente expostas”, isto é, pessoas físicas que desempenham ou tenham desempenhado funções públicas importantes, nos termos da Diretiva 2006/70 do Conselho Europeu.

Reforça-se a necessidade de atenção para os clientes que possuem diversas contas em nome de pessoas físicas ou jurídicas do mesmo grupo econômico; cuja obtenção de informações a respeito de sua atividade econômica e patrimônio é dificultosa e naquelas operações em que seja difícil a identificação do beneficiário final das transações, devido à utilização de estruturas complexas¹¹⁶.

Requer também atenção das entidades obrigadas, os clientes e transações que envolvam investidores não residentes, principalmente quando constituídos sob a forma de *trust* se sociedade de títulos ao portador; as operações que utilizem a estrutura de diversas jurisdições, bem como os clientes e recursos que provenham de países de alto risco para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo¹¹⁷.

A Lei de Lavagem de Dinheiro dispõe, ainda no seu art. 10, sobre o dever de *compliance*, na medida em que determina que as entidades listadas no art. 9ª 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”. Trata-se de uma medida que visa prevenir a prática de ilícitos no ambiente empresarial, bem como evitar sanções

¹¹⁵BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 64

¹¹⁶ Guia da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. Disponível em <http://www.anbima.com.br/>. Acessado em 15/07/2018.

¹¹⁷ Guia da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. Disponível em <http://www.anbima.com.br/>. Acessado em 15/07/2018.

à empresa pelo descumprimento de regulamentações do setor econômico em que atua.

A ferramenta *compliance* deve ser compreendida como um instrumento pelo qual as instituições garantem a observância de diferentes normas, regras, padrões, procedimentos e regulamentos dos quais devem obediência, objetivando garantir a prevenção e a administração eficiente dos riscos de imagem, legal e sanções a que estão sujeitos¹¹⁸.

Por fim, a Lei 9.613/98 previu, no seu art. 11, o dever de comunicação às autoridades competentes de transações financeiras suspeitas de lavagem de dinheiro. Para tanto, o setor de *compliance* deve estar devidamente estruturado para atender às solicitações dos órgãos administrativos e judiciais, como dispõe o art. 10, inciso V.

Como ressalva Badaró e Bottini, os deveres de informação se referem a situações supostamente anormais e à confirmação da normalidade. Constatada uma transação supostamente anormal, nos termos das normas que regulam o setor, existe o dever de comunicar ao COAF, mesmo que haja órgão regulatório para o setor¹¹⁹. Isto é, a pessoa física ou jurídica que identificar operações suspeitas de lavagem deverá comunicar ao seu órgão e ao COAF para adoção das medidas cabíveis.

Vale consignar que o descumprimento das obrigações administrativas impostas por essa Lei pode implicar sanções de advertência, multa, inabilitação temporária ou cassação da autorização para operação ou funcionamento, previstas no art. 12 da Lei de Lavagem e aplicadas conforme a necessidade e proporcionalidade.

4. CRIMINAL COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO A LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1 – *Compliance*: as origens e antecedentes

A complexidade das relações econômico-financeiras na era da globalização, associadas ao crescimento do número de agências reguladoras em diversos setores

¹¹⁸LINHARES, S. C.; OLIVEIRA, T. R. S. C. Compliance: prevenção ao crime de lavagem de dinheiro nas instituições financeiras. Revista Thesis Juris , v. 5, 2016. p. 309-327.

¹¹⁹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit, p. 71

da economia e à intensificação do combate à corrupção, obrigaram, principalmente, as empresas multinacionais a implementar mecanismos internos de prevenção a fraudes e delitos, os chamados deveres de *compliance*.

Destaque-se que na exposição de motivos da criação das Unidades de Inteligência Financeira (UIF)¹²⁰, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial defenderam a necessidade de que os próprios agentes dos sistema financeiro respaldem as políticas públicas de combate à criminalidade econômica, colaborando com o cumprimento da lei e atendendo a uma série de deveres, como de identificação de clientes e de notificação de transações financeiras incomuns, de modo a preservar a integridade dos sistemas financeiros¹²¹.

Cumprir destacar que as políticas de *compliance* não se originaram para prevenir delitos econômicos, mas como instrumentos de combate à criminalidade organizada, o tráfico de entorpecentes e o financiamento do terrorismo. Porém, em razão dos escândalos de governança envolvendo empresas multinacionais e da crise financeira de 2009¹²², a comunidade internacional atentou-se para a necessidade de mecanismo de monitoramento interno nas empresas.

Para Adán Nieto Martins¹²³, a *criminal compliance* foi inaugurada com a *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, lei estadunidense de 1977, que tratava de atos de corrupção praticados por funcionários públicos internacionais. Como destaca Pagoto¹²⁴, criou-se a FCPA como uma resposta contra o escândalo de corrupção envolvendo a empresa *Lockheed Aircraft Corporation* e servidores públicos estrangeiros.

¹²⁰ Segundo o relatório do Fundo Internacional Monetário, publicado em 2004, uma Unidade de Inteligência Financeira é uma entidade nacional centralizada responsável pelo recebimento, análise e transmissão às autoridades competentes de informação estratégica sobre operações econômico-financeiras suspeitas de lavagem de capitais.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 439

¹²² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alezi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010, p.1

¹²³ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In.: Arroyo Zapatero, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. El *derecho penal em la era compliance*. p. 14-15

¹²⁴ PAGOTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio De Janeiro: Elsevier, 2013.

Entretanto, esta lei somente alcançou maior efetividade com a celebração da Convenção da OCDE, em 1997, sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, na qual os países signatários se comprometeram a exigir que as suas empresas adotassem mecanismos internos para prevenção contra atos de corrupção.

Interessante acrescentar que a referida Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, sendo importante para criação da Lei nº 10.467, de junho de 2002, que inseriu os arts. 337-B, C e D no Código Penal para tipificar as condutas corrupção e tráfico de influência em transações internacionais.

Com a finalidade de uniformizar as práticas de governança corporativa no mercado financeiro internacional, foram firmados os Acordos de Basileia¹²⁵, que consistem em um conjunto de normas que visam reforçar a confiabilidade e a estabilidade do sistema financeiro internacional, determinado, em síntese, que os bancos atendessem às exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma compensar o risco de crédito; transparência na divulgação de informações ao mercado e adoção das melhores práticas de gestão de risco.

Destaque-se que em 1988, ano da publicação do Acordo de Basileia I, o Congresso Nacional publicou a Lei nº 9613/88, que tipificou os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, dispôs sobre mecanismos de prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para atos ilícitos e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Em 1997, o Comitê de Basileia promoveu uma emenda ao Acordo de Basileia I (posteriormente promulgado pelo Congresso Nacional), inserindo 25 (vinte e cinco) princípios prudenciais a serem adotados pelos bancos. Vale ressaltar o Princípio de n.º 14, que tratou da introdução de mecanismos de controle internos nas instituições financeiras:

Os supervisores da atividade bancária devem certificar-se de que os bancos tenham controles internos adequados para a natureza e escala de seus negócios. Estes devem incluir arranjos claros de delegação de autoridade e responsabilidade: segregação de funções que envolvam comprometimento do banco, distribuição de seus recursos e contabilização de seus ativos e obrigações; reconciliação destes processos; salvaguarda de seus ativos; e

funções apropriadas e independentes de Auditoria Interna e Externa e de *Compliance* para testar a adesão a estes controles, bem como a leis e regulamentos aplicáveis.

O escândalo envolvendo a manipulação de dados contábeis da empresa energética Enron, no início dos anos 2000, impulsionou a publicação da Lei Sarbanes-Oxley (SOX), de 2002, que, dentre as principais novidades para o desenvolvimento da governança corporativa, tornou obrigatória a instituição de controles internos nas empresas; impôs penas mais severas aos executivos que violem as leis relativas ao mercado de capitais e determinou a criação pelas companhias de Códigos de Ética, de observância obrigatória para os executivos. Silveira¹²⁶ observa que as normas de *compliance* instituídas pela SOX passaram a ser adotadas por toda a comunidade internacional.

Verifica-se que como instrumento de prevenção à criminalidade econômica, notadamente, aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, os Estados passaram a impor às empresas e a outros setores propícios à prática dessas infrações, o dever de colaborar com a persecução penal, por meio da instituição de Códigos de Condutas (ou de Ética), pelo controle e armazenamento de informações dos clientes, transparência nas informações divulgadas ao mercado, bem como obrigação de comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes.

4.2 – Marco regulatório do *compliance* no Brasil

No âmbito nacional, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9613/98 com as alterações da Lei 12.683/2012) impôs obrigações administrativas as instituições comumente utilizadas para viabilizar a lavagem de capitais (elencadas no art. 9º), dentre as quais, a de armazenar informações sobre clientes (art. 10) e de notificar às autoridades as atividades consideradas típicas de lavagem de dinheiro (art. 11).

Destaque-se, ainda, que o art.10 da referida norma determina que as entidades e pessoas obrigadas “deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos

¹²⁶ SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Criminal Compliance: Os limites da cooperação normativa quanto à Lavagem de Capitais. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 56/2012, abr/2012, p. 5.

compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto em lei”. Este último comando pode ser compreendido como um dever de estabelecimento de um programa de *compliance* nas entidades obrigadas.

A unidade de inteligência financeira brasileira (COAF) é responsável pela regulação da atividade dos setores sensíveis sem órgão regulatório próprio, expedindo desde sua criação (vinte e sete) resoluções, destinadas a diversos setores de atividade, como administradores de cartões de credenciamento ou de crédito (Resolução 06/1999), pessoas físicas ou jurídicas que operam transações com valores mobiliários (Resolução 07/1999), com transferência de numerário (Resolução 10/2001), com joias, pedras e outros materiais preciosos (Resolução 23/2012), bens de luxo ou de alto valor (Resolução 25/2013) e que prestam – mesmo que eventualmente – serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência em determinadas operações¹²⁷.

A Lei 12. 683/2013 (Lei Anticorrupção) incorporou a *compliance* como um instrumento de combate aos delitos econômicos, na medida em que dispôs em seu art. 7º, que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, autoria e incentivo à denúncia de irregularidades a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” será levada em consideração na dosimetria da sanção.

No Brasil, os programas de compliance ganharam relevância com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção, como medidas de contenção à criminalidade econômica em setores sensíveis da economia. Porém, a depender do mercado em que a empresa atue também deverá obediência a regulamentos, instruções normativas, portarias e resoluções próprias da atividade. Nesse contexto, as empresas que lidam diretamente com questões ambientais certamente serão regidas pelo conjunto de leis ambientais, bem como pela NBR ISSO 140001, que define a estrutura, critérios e elementos para instalação de um programa de ações preventivas no campo do meio ambiente.

As instituições que atuam com o sistema financeiro, monetário e de câmbio deverão cumprir as Instruções do Conselho de Valores Monetários (Instrução CVM nº. 419/05 sobre o cadastramento de investidores não-residentes no País; Instrução CVM nº. 301/99, que trata da comunicação sobre crimes de lavagem ou ocultação de

¹²⁷BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 59

bens, direitos e valores; Instrução CVM nº 505/12, que regulamenta operações realizadas com valores mobiliários; Instrução CVM nº 521/12 que regula a atividade de classificação de risco de crédito¹²⁸.

Os gestores dos programas de *compliance*, especialmente aqueles implementados em empresas transnacionais, deverão observar também as regulamentações e diretrizes internacionais para prevenção de delitos. Atualmente não existe um instrumento único para combate à criminalidade econômica, mas diversas recomendações, dentre as quais, importa destacar a Convenção das Nações Unidas contra a delinquência Organizada Transnacional; a Convenção de Mérida; as Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI); as Recomendações do Grupo Wolsberg e do Grupo Egmont de Unidades de Inteligência Financeira e as Diretivas da União Europeia¹²⁹.

Consoante se observa, os programas de integridade devem ser regidos pelos marcos legais a respeito do tema, a exemplo da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), os regulamentos que regem a atividade econômica na qual se insere a empresa, assim como as recomendações e diretrizes internacionais para prevenção da criminalidade econômica.

4.3 – Conceitos, objetivos e funções do programa de *compliance*

A crescente complexidade das relações econômico-financeiras demanda uma uniformização do tratamento das questões envolvendo o combate à criminalidade econômica. Para tanto, percebe-se que os Estados e os organismos internacionais passaram a atribuir deveres de colaboração a determinadas pessoas (físicas e jurídicas) como forma de prevenção a práticas criminosas, notadamente a corrupção e a lavagem de dinheiro.

O termo *compliance* origina-se do inglês *comply* que significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. É um conceito que provem da economia e que foi introduzido no direito

¹²⁸ SOARES SAUTER, Leonela Otilia. Compliance e direito penal. Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito.p. 21.

¹²⁹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 60

empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas¹³⁰. A missão do *compliance* é mitigar riscos dentro de uma instituição através normas de controle, gerindo riscos operacionais e minimizando riscos e perdas.¹³¹

Nesse sentido, afirma Petrelluzi¹³² que *compliance* identifica-se como a adoção de um comportamento empresarial de compromisso com a lei, buscando os meios para evitar o cometimento de delitos, através da adoção de códigos de conduta, de investigações internas, de políticas de estímulo a denúncias, de capacitação dos funcionários para evitar a prática de crimes, de políticas internas de fiscalização e auditoria.

Para Sieber¹³³, os programas de *compliance* são técnicas de autoregulação regulada ou co-regulação, com conteúdo dinâmico, pois sob esta ótica se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a empresa, assim como delitos praticados em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais.

De Carli¹³⁴ cita Volkov para demonstrar que os programas de *compliance* possuem duas funções principais, qual seja, promover uma cultura positiva, ética, na empresa, construindo a marca, aumentando os lucros e o orgulho dos empregados em fazer parte dela, bem como proteger a empresa de riscos que vão além das investigações e ações penais, e trazem abalo à imagem e ao valor das ações da empresa no mercado, afetando ainda a cultura da empresa como um ativo que promove o comportamento ético dos altos executivos, dos gerentes e dos empregados.

¹³⁰BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 52

¹³¹ BRAGA DA SILVA, op. cit., 2011, p. 120.

¹³²PETRELLUZZI, Marco Vinícios; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman.º Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo. Saraiva, 2014.

¹³³SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance em el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Traduzido por Manuel A. Abanto Vásquez. In.: in El Derecho Penal Económico en la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Valência, TirantloBanch, 2013.

¹³⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12. 846/2013 para motivar as empresas brasileiras para adoção de programas e medidas de compliance. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul e Programa de Doutorado em Direito do Estado e Governança Global da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Porto Alegre, 2016, p. 81

Em suma, os programas de *compliance* criam para os membros da sociedade empresarial normas internas de observância obrigatória, a fim de que a pessoa jurídica atue no mercado atendendo às imposições legais e aos princípios éticos que regem a democracia, de modo a garantir uma cultura de integridade dentro da instituição.

Vale ressaltar que além das próprias empresas, a adoção de programas de *compliance* beneficia terceiros, entre eles investidores, consumidores e parceiros comerciais, na medida em que garante que os mercados permaneçam competitivos, previne a ocorrência de infrações e danos delas decorrentes e evita perda de valor da empresa¹³⁵.

4.4 – *Criminal compliance*: um novo paradigma para o Direito Penal?

Destaque-se que o *compliance* pode ser adotado nos mais diversos setores empresariais, a exemplo, do departamento ambiental, tributário, consumerista, previdenciário, comercial, trabalhista, dentre outros. Entretanto, quando o programa de controle interno é criado para prevenir condutas criminosas no ambiente empresarial, trata-se da *criminal compliance*.

Como aponta Saavedra¹³⁶, o objeto de estudo do *criminal compliance* confunde-se com o do Direito Penal Econômico. Com efeito, a sociedade contemporânea, marcada pela busca incessante pelo progresso tecnológico e científico, é um ambiente propício ao aparecimento de novos riscos, e, por conseguinte, para a inflação legislativa em matéria penal. Em razão disso, o risco de cometimento de crimes por parte dirigentes de empresas, no exercício da atividade empresarial, aumentou significativamente em relação aos delitos que lesam a ordem socioeconômica.

¹³⁵ Segundo o Guia sobre Programa de Compliance produzido pelo CADE. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-ompliance-versao-oficial.pdf/view. Acessado em 03/07/2018.

¹³⁶ SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre Criminal Compliance. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n.18, Janeiro de 2011. P. 11-12.

A *criminal compliance* surge como um mecanismo de prevenção à prática de ilícitos penais no âmbito empresarial. Eduardo Saad Diniz¹³⁷ argumenta que a *criminal compliance* compreende a adoção de políticas de prevenção à criminalidade empresarial e a implementação de mecanismo de controle interno e também externo, além das estruturas de incentivo ao cumprimento de deveres de colaboração conforme os preceitos estatais.

A busca pela prevenção, objetiva, também, evitar riscos às operações empresariais provenientes de um eventual processo penal, prisões dos agentes, mandados de busca e apreensão e mácula na reputação, que acabam por desencadear diversos prejuízos financeiros¹³⁸. A finalidade da instituição de um programa de *criminal compliance* é atender adequadamente as normas que regem o setor no qual atua a pessoa jurídica, bem como resguardar a imagem da empresa dos efeitos da imputação de responsabilidade penal aos seus dirigentes.

Nessa linha, organismos internacionais como a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e o Comitê de Basileia alertam para o controle do “risco *compliance*”, que, como explica Vanessa Manzi¹³⁹ define-se como o risco legal, ou de sanções regulatórias, ou de perda financeira que um banco pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas bancárias.

Por outro lado, com a consolidação normativa e a popularização dos programas de *compliance* observa-se, também, uma mudança de paradigma no Direito Penal¹⁴⁰. Verifica-se uma nova maneira de compreender e explicar o fenômeno da imputação de responsabilidade penal.

¹³⁷ SAAD DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP470. In: Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 106/2014, p. 208

¹³⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. Criminal compliance como gestão de riscos empresariais. Boletim IBCCRIM 234, maio/2012.

¹³⁹ MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 39.

¹⁴⁰ Ver: TEIXERA, André Luiz Raposo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. A Criminal compliance e a mudança no paradigma penal.

Sarcedo¹⁴¹ apud Silveira aponta a dificuldade dos operadores do direito em compreender seus fundamentos, na medida em que têm sua formação baseada no tratamento *post factum* das ocorrências, devendo haver um esforço para compreensão desse novo padrão da ação reguladora do Estado, que impinge ao particular deveres de evitação e detecção de riscos.

Ocorre que, muito embora os programas de *compliance* sirvam como mecanismo de prevenção a práticas criminosas no setor econômico, alguns autores alertam para a possibilidade de uso do *compliance* como meio de alargamento do controle estatal sobre os indivíduos. Sob a perspectiva criminológica, Gloeckner identifica que:

A ideia motriz de prevenção e de gestão de riscos, engravada no discurso da criminologia administrativa, é justamente o leitmotiv destes deveres *compliance*. A lógica de devassa às garantias constitucionais é fundamentada por institutos aparentemente neutros e sem a pretensão de maximização do controle estatal. Há que se ter o devido cuidado em se desconfiar desta ampliação de deveres e inclusive, de abertura à racionalidade econômica e gerencial que ameaça governar o jurídico. Estas profundas alterações na funcionalidade do sistema punitivo começam a ser mais perceptíveis, pelo menos para certo setor da criminologia contemporânea¹⁴².

Nessa linha, Silveira¹⁴³ destaca que “a insegurança, característica do momento atual, autoriza que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção que tem características que vão além dos mecanismos penais tradicionais”. Paschoal¹⁴⁴ observa que o direito penal, sob o pretexto do risco e da precaução, mesmo havendo possibilidade de controle das fontes de perigo distribuídas pela

¹⁴¹SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 77

¹⁴²GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do Nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, v.1, n.1, p.147 -171, 2014.

¹⁴³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance: Os Limites da Cooperação Normativa quanto à Lavagem de Dinheiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 56/2012, abr. /2012.

¹⁴⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 127.

sociedade por modos diversos, usou esse fenômeno para o recrudescimento da punição e aumento desmesurado do controle social.

Denota-se, ainda, que a adoção de programas de *compliance* pelas instituições públicas e privadas, para além de constituir mecanismos de gestão de riscos empresariais, também apresentam efeitos secundários.

Sob esse enfoque, Sarcedo¹⁴⁵ cita os autores espanhóis Ismael Clemente e Manuel Álvarez Feijoo para elencar os principais problemas da adoção de tais programas de integridade: a) *poderá constituir-se em fonte de responsabilidade penal das pessoas físicas*, na medida em que haverá a possibilidade de imputação criminal ao *compliance officer* por condutas, por vezes, imprudentes; b) *aumento no número de deveres de colaboração impostos às empresas*, pois, se não houver uma normatização clara a respeito do tema, indicando as exigências mínimas de integridade empresarial, os programas de *compliance* tornar-se-ão inexecutáveis e c) *conflitos de interesses dentro da companhia*, tendo em vista que as estratégias defensivas elegidas pela empresa e pelo empregado sejam divergentes.

Na perspectiva empresarial, a instituição de programas de *compliance* pode causar um engessamento da estrutura da empresa, além do óbvio aumento de custos com treinamento de pessoal, contratação de consultorias externas, criação de departamentos específicos de *compliance*. Ademais, reconhece o *Ressource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act* que nenhum programa de *compliance* pode ser eficiente ao nível de impedir que eventuais violações ocorram dentro de uma empresa, exigindo-se, no entanto, que a política habilite a instituição a identificar o ocorrido e punir os responsáveis¹⁴⁶.

Por outro lado, a consolidação da *criminal compliance* representa uma mudança de paradigma no Direito Penal contemporâneo, na medida em que se observa a transformação de uma perspectiva repressiva, marcada pela busca de uma resposta posterior a ocorrência do delito, para um ponto de vista *ex ante*, focado na orientação e antecipação de potenciais delitos penais, decorrentes das atividades corporativas¹⁴⁷. Percebe-se, então, uma tentativa de antecipar e neutralizar os riscos

¹⁴⁵SARCEDO, Leandro. Op. cit. p. 78

¹⁴⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 55

¹⁴⁷SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e Lei anticorrupção. São Paulo, 2015, p. 20-21.

de cometimento de infrações penais por dirigentes de empresas, o que causaria inúmeros problemas a atividade empresarial, especialmente no que concerne a manutenção da reputação da instituição frente à investidores e consumidores.

Entretanto, muito embora esteja clara a relevância dos programas de integridade em matéria penal, estas políticas criminais de precaução, caracterizadas pela delegação de deveres a instituições privadas, devem ser utilizadas com cautela, pois não se pode delegar a persecução penal à iniciativa privada, tampouco permitir a imputação de responsabilidade criminal por conta da posição que determinado membro da empresa ocupa, violando o princípio da culpabilidade.

A instituição do programa de *compliance* deve também atender ao tamanho e necessidades da empresa. Não existe um programa de *compliance* universal. O excesso de regulamentações pode imobilizar a administração da empresa, bem como tornar o programa de integridade empresarial custoso e inócuo. Contudo, Blanco Cordero¹⁴⁸ explica que se por um lado o cumprimento de tais obrigações pode dificultar a maximização de benefícios, por outro, a empresa pode se utilizar desse instrumento para divulgação das suas boas práticas no mercado.

4.5 – Elementos essenciais de um programa de *compliance*

Importante atentar-se para o fato de que os programas de integridade empresarial não possuem a finalidade de eliminar por completo o risco da prática de crimes no âmbito empresarial. O objetivo do *compliance* é adotar padrões de condutas que permitam a diminuir a incidência desses delitos, bem como facilitar a atuação das autoridades competentes. Trata-se de uma tentativa de evitar os riscos inerentes da própria atuação econômica, agravada pelo aumento da repressão criminal determinada pela expansão do Direito Penal¹⁴⁹.

Vale destacar que cada empresa possui particularidades (capital social, faturamento, número de clientes, missão, valores) que devem ser ponderadas no

¹⁴⁸CORDERO, Isidoro Blanco. *Eficácia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguzkilore. Cuardenodel Instituto Vasco de Criminologia. Sán Sebastian, n. 23, 2009, p. 121

¹⁴⁹MARCHIONI, Guilherme Lobo. Fundamentos do compliance criminal: da sociedade do risco às normas anticorrupção. Dissertação (Especialização em Direito Penal) – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – São Paulo. 2013. P. 23.

momento da estruturação de um programa de *compliance*, sob pena de tornar este mecanismo de prevenção a atividades ilícitas ineficiente. Sendo assim, faz-se necessário apontar, com fulcro em documentos legislativos e recomendações de órgãos supranacionais¹⁵⁰, alguns elementos estruturais mínimos que um programa de *compliance* deve conter.

Inicialmente, é preciso identificar e avaliar os riscos a que a empresa está exposta, relacionando-os com o tipo de atividade econômica exercida. Ilana Martins¹⁵¹ recorda que se trata de um requisito mencionado pela norma técnica estabelecida pelo ISO 19600:2014, na qual se recomenda especial atenção às leis e regulamentos a que a empresa está sujeita no local em que realiza suas atividades para dimensionar quais as ofensas que podem advir da atividade realizada.

O próximo passo para implementação de um programa de integridade empresarial é a elaboração de um Código de Ética (ou de Conduta), que estabeleça padrões de conduta e procedimentos internos. A exigência de que o empregado, gerente ou diretor conheça o código e assine um compromisso de postura diante de seus dispositivos consolida a política de prevenção¹⁵².

É importante que o Código de Conduta contenha as diretrizes ou missão do programa de *compliance*; regras para revisão e criação de novas políticas e procedimentos; definição clara das atribuições do *Compliance Officer*; metodologia para apuração de infrações; estabelecimento de processos de auditoria e monitoramento e as sanções aplicáveis aos infratores¹⁵³.

O segundo elemento estrutural é a designação de um *Compliance officer* ou de uma Comissão/Comitê responsável pela observância do cumprimento do programa de *compliance*. Cabe ao *compliance officer* ou ao Comitê, resumidamente, elaborar, monitorar e revisar o programa de *compliance*; analisar os riscos da empresa e definir os procedimentos de neutralização; reportar-se de forma regular aos demais

¹⁵⁰ A exemplo do Guia de Boas Práticas em Controles Internos, Ética e Compliance oferecido pela OCDE, em 2010.

¹⁵¹ Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>.

Acessado em 04/07/2018

¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 62

¹⁵³ COLARES, Wilde Cunha. Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing. Programa de Pós-Graduação *lato sensu* do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). São Paulo, 2014, p. 68

superiores da entidade; desenvolver, coordenar e participar de programas de treinamentos; prestar assessoria em assuntos de *compliance*¹⁵⁴. Diante disso, é essencial para a garantia da eficiência do programa que *compliance officer* ou a comissão possua autoridade sob os demais dirigentes do conselho¹⁵⁵.

Outro elemento fundamental é a adequada seleção e treinamento dos membros da sociedade empresarial. Nesse sentido, o art. 46, apartado 1 da Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, bem como as Diretrizes do Grupo Wolfsberg exigem que os empregados das entidades e pessoas sujeitas às regras de combate à lavagem de dinheiro participem de cursos especiais de formação permanente, para treiná-los a identificar operações que possam estar relacionadas à lavagem de dinheiro, e a reagir em tal situação¹⁵⁶. É, sobretudo, por meio dos treinamentos, em especial os presenciais, que se consegue realmente atingir o público alvo e conquistar a colaboração da grande maioria no desenvolvimento de um *compliance* eficaz¹⁵⁷.

Da mesma forma, para evitar a manutenção nos quadros da instituição de pessoas envolvidas (ou suspeitas de envolvimento) com a prática de lavagem de dinheiro, deve ser criado procedimento de acompanhamento de sua situação econômico-financeira (nos moldes da Circular 3461 do Banco Central, art. 1º, §1º, III) e de atualização regular de seus dados e informações, respeitando-se a intimidade e os sigilos protegidos por lei e pela Constituição¹⁵⁸.

O monitoramento e a auditoria também são pontos essenciais para a eficácia do programa de *compliance*. A auditoria é um método formal, com escopo e critérios bem definidos, realizado de forma independente da gestão e com isenção total de interesses. Por outro lado, o monitoramento é um procedimento cotidiano, utilizado para auxiliar a identificação de aspectos operacionais, sem a necessidade de ser independente¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Idem, p. 69-70

¹⁵⁵ Idem, p.70

¹⁵⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit.,p. 62

¹⁵⁷ COLARES, Wilde Cunha. Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing. Op. cit.,p. 70

¹⁵⁸BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 63

¹⁵⁹COLARES, Wilde Cunha. Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing. Op. cit.,p. 70-71

A comunicação de operações suspeitas, bem como a existência de uma metodologia para investigação de práticas ilegais são itens fundamentais para a eficácia de um sistema de *compliance*. Para tanto, é preciso permitir que os responsáveis pelo monitoramento do programa de integridade tenham acesso irrestrito a documentos, dados e informações sobre operações, clientes e funcionários, desde que exista o compromisso formal de sigilo¹⁶⁰. Mesmo nos casos em já haja sido instaurada investigação externa, por órgãos do Estado, o procedimento interno tem o seu valor, notadamente pela facilidade de acesso às provas e demais elementos de informação¹⁶¹.

Wilde Cunha Colares¹⁶² e Bottini¹⁶³ defendem que o programa de *compliance* deve assegurar o anonimato aos denunciadores de operações ilícitas no âmbito da empresa, devendo a instituição divulgar sua política de não retaliação àqueles que levem suas suspeitas aos órgãos de controle. De fato, conseguir encorajar que denúncias sejam feitas de forma voluntária por colaboradores demonstra enorme confiança na estrutura desenvolvida para o programa de *compliance*¹⁶⁴. Contudo, antes de se adotar medidas concretas para investigar os envolvidos, é preciso avaliar a materialidade e verossimilhança das acusações, bem como respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório dos investigados.

Porém, um programa de *compliance* que não puna os transgressores das disposições assemelha-se a “papel molhado”, não sendo adequado a atingir os seus fins¹⁶⁵. Diante disso, é interessante que o Código de Conduta prescreva as infrações e respectivas medidas disciplinares. Destaque-se que a omissão da comunicação as autoridades de uma irregularidade da qual comprovadamente se tenha conhecimento também pode estar sujeita a sanções. Registre-se, ainda, que as punições devem ser

¹⁶⁰BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit..p. 74

¹⁶¹Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>. Acessado em 04/07/2018

¹⁶²COLARES, Wilde Cunha. Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing. Op. cit. 76 e

¹⁶³BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit..p. 74

¹⁶⁴ COLARES, Wilde Cunha. Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing. Op. cit.. 75

¹⁶⁵Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>. Acessado em 04/07/2018

proporcionais ao grau de seriedade da irregularidade e devem ser aplicadas mediante o devido processo legal.

Finalmente, a efetividade de um programa de *compliance* depende do seu regular monitoramento e revisão. Em razão disso, deverá o responsável pelo cumprimento do programa elaborar periodicamente relatórios sobre a internalização do *compliance* entre os membros da sociedade empresarial, identificar de novos riscos, sugerir soluções para a contenção de novos problemas, bem como promover a atualização do regimento, em decorrência de eventuais alterações no marco regulatório do setor.

4.6 – Competências do *Compliance Officer*

A complexidade das organizações empresariais atuais estimula a delegação de tarefas aos membros da empresa, que, por vezes, agem atuam com grande liberdade decisória. Sobre o tema, destaca Scandelari¹⁶⁶ que “a crescente complexidade das corporações há décadas tornou comum a delegação, a várias pessoas (dentre elas, os hoje denominados *compliance officers*), da função de desenvolvimento de um programa de controle interno, compreendendo a seleção, o cuidado, o treinamento e o controle dos funcionários”.

Ao *compliance officer* compete implementar princípios e diretrizes capazes de minimizar a ocorrência de delitos em função da atividade empresarial, bem como impõe-se o dever de vigilância sobre os demais empregados da empresa, incluindo-se, a cúpula dirigente da instituição. Para tanto, poderá monitorar e revisar o programa de *compliance*; identificar os riscos normativos e criar regras internas; comunicar-se de forma regular aos demais superiores da entidade; desenvolver, coordenar e participar de programas de treinamentos e prestar assessoria em assuntos de *compliance*; presidir investigações e aplicar medidas administrativas.

¹⁶⁶SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *Criminal Compliance* no Brasil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César, coordenadores; DAVID, Décio Franco, organizador. *Compliance e Direito Penal* – São Paulo: Atlas, 2015.

Cardoso¹⁶⁷ consigna que é encargo do *compliance officer* fiscalizar se os procedimentos de controles internos estão em conformidade com a lei, com as regras emanadas de órgãos reguladores e com as normas internas da própria empresa, com o objetivo de investigar e prevenir delitos relacionados, por exemplo, à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes. Por isso, a demanda por *compliance officers* (CCO) cresceu exponencialmente nos últimos anos, tendo em vista que, trata-se de uma peça-chave para a efetividade do programa de compliance e para atingir objetivos organizacionais.

A reforma do Código Penal Espanhol, em 2010, além de introduzir a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica, criou a obrigatoriedade da implementação do sistema de *compliance*, bem como instituiu legalmente a figura do *compliance officer*.

Nas legislações dos Estados Unidos e da Europa Ocidental, principalmente da Alemanha, os *compliance officers* têm funções muito abrangentes, incumbindo-lhes avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc¹⁶⁸.

No Brasil, com a edição do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, inaugurou-se a figura do “responsável pela aplicação do programa de integridade” (art. 42, inciso IX), inovando pelo reconhecimento da necessidade de setor independente voltado à aplicação e à fiscalização dos programas de integridade, entretanto, ficando a desejar pela falta de parâmetros claros de sua responsabilidade¹⁶⁹. Desse modo, um programa eficiente de integridade deverá indicar expressamente as competências atribuídas ao *compliance officer*, como forma de evitar a expansão desproporcional de responsabilidade e de prevenir situações de irresponsabilidade.

¹⁶⁷CARDOSO, Débora Motta. Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 1ª ed. LiberArs, 2015. p. 55.

¹⁶⁸ SAAVEDRA, GIOVANNA. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. In.: Boletim IBCCRM, n. 266, setembro de 2011

¹⁶⁹SANTO CARDOSO, Ricardo. Responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria nos crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v.2, n.2, 2016

Como se vê, não existe uma padronização sobre as competências do agente responsável pelos programas de integridade, isso porque as tarefas de controle podem estar descentralizadas, cabendo à direção da empresa, da direção financeira, descentralizada a cargo de distintos departamentos (controle contábil, financeiro, auditoria) ou centralizadas na figura do *compliance officer*¹⁷⁰. São atribuições que dependem de diversos fatores, tais como, porte, quantidade de funcionários e clientes, abrangência internacional, missão e valores da empresa.

Sendo assim, é preciso ponderar se o *compliance officer*, na medida em que possui o poder de vigilância e de disposição sobre o programa de *compliance*, assumirá a posição de garante frente às eventuais infrações jurídico-penais.

5. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS PELA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

5.1 - Os delitos omissivos e seus fundamentos

A conduta humana pode ser punida por ação ou omissão. De acordo com Baumann¹⁷¹ as normas de direito penal contêm, em sua maioria, proibições que se realizam mediante uma ação descrita (proibida) na norma penal. Há, contudo, tipos penais em que a conduta prevista (proibida) é um “não-fazer”. Na esteira da evolução do conceito de omissão, verifica-se que os comportamentos omissivos somente existem se atrelados a referenciais normativos, no caso, a lei penal.

A omissão consiste na não realização de uma determinada ação que o sujeito tinha a obrigação de realizar e que podia realizar. HuertaTocildo¹⁷² considera que o comportamento típico nos delitos de omissão consiste na não realização, por aquele

¹⁷⁰DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. apud SANTO CARDOSO, Ricardo. Responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria nos crimes de Lavagem de Dinheiro. Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v.2, n.2, 2016

¹⁷¹ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., pág. 136.

¹⁷²HUERTA TOCILDO, UBIETO, E. O. (1986). Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Editor Rafael Castellanos. Madrid, pág. 560.

que está em condições de fazê-la, de uma determinada conduta que impõe o ordenamento jurídico.

Segundo Muñoz Conde¹⁷³, o delito omissivo é sempre, estruturalmente, um delito que consiste numa infração de dever, não um dever social ou moral, mas um dever jurídico. Em que pese todo delito seja uma infração a um dever, como o de respeitar os bens jurídicos dos demais, os crimes omissivos se caracterizam pela omissão do sujeito a uma ação ordenada e, portanto, esperada do ordenamento jurídico¹⁷⁴.

Para Navarette, a omissão (e a ação) penalmente relevante sempre consistirá em uma infração de dever¹⁷⁵. A única diferença normativa existente entre a ação e a omissão (e dentro desta a omissão própria e imprópria) não se limita a supor que em uma exista um movimento corporal e em outra está ausente este movimento, mas precisamente no dever jurídico que em cada caso se infringe¹⁷⁶. Zaffaroni¹⁷⁷ entende que a omissão não é um não fazer nada, mas não fazer algo determinado, conseqüentemente, será necessária uma instância de comparação valorativa. Sendo assim, a omissão é um conceito essencialmente normativo. No mesmo sentido, Tavares anuncia que a relevância da omissão, como violação do dever de agir, é que assinala sua própria existência, pois ela pertence àquela categoria dos objetos dependentes, de modo que não possui existência real por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado pelo dever¹⁷⁸.

Na linha defendida por Juarez Tavares, a mera inobservância dos deveres impostos pela norma não é suficiente para imputação de responsabilidade pela via omissiva. É necessário se observe elementos materiais: a) a omissão deve ser apreciada em face de seu conteúdo material e não como conduta puramente simbólica ou normativa; b) sua estrutura deve ser construída de modo a permitir que o omitente

¹⁷³ CONDE, Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito*. 2ªed. Temis S/A. Santa Fé de Bogotá.: Colômbia. 1999, p. 24

¹⁷⁴ Idem

¹⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 80

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general III*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 450.

¹⁷⁸ TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 29

possa opor a contraprova de sua inocuidade;c) sua punição depende, substancialmente, de sua estrutura e se torna ilegítima quando não corresponda a um ato danoso ou perigoso ao bem jurídico¹⁷⁹.

Sob esse enfoque, a omissão possui um sentido normativo. O fundamento da punibilidade insere-se no descumprimento de uma ação esperada de um sujeito e que lhe era exigível, seja um dever geral (omissão própria) ou de um dever específico (omissão imprópria) de evitar o resultado típico.

5.2 – Distinções entre crimes omissivos próprios e impróprios

Os crimes omissivos podem ser classificados de maneira tripartida ou bipartida. Defensor do critério tripartite, Muñoz Conde¹⁸⁰ considera que as omissões penalmente relevantes aparecem sob a forma de delitos de omissão pura ou própria, delitos de omissão e resultado e delitos de omissão imprópria. O critério bipartite limita-se às omissões próprias e impróprias. Adota-se, no presente trabalho, a classificação bipartida, pois, conforme assegura Juarez Tavares¹⁸¹, os delitos de omissão e resultado podem ser perfeitamente enfeixados como delitos omissivos próprios e impróprios.

A doutrina costuma adotar quatro critérios para distinguir os crimes omissivos próprios e impróprios, quais sejam, i) critério normológico; ii) tipológico; iii) tradicional e iv) qualidade do sujeito omitente.

A primeira proposta classifica os delitos omissivos de acordo com a natureza da norma infringida (critério normológico). Nos crimes omissivos próprios, o tipo violado prescreve condutas preceptivas ou imperativas. Por outro lado, a omissão imprópria ocorrerá quando a conduta violar uma norma proibida¹⁸². Sobre esse ponto, Heleno Fragoso¹⁸³ comenta que nos crimes próprios (puros), a omissão consiste na transgressão pura e simples de um comando, que estabelece um dever

¹⁷⁹ TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 43.

¹⁸⁰ CONDE, Muñoz Francisco. *Op. cit.* p. 24

¹⁸¹ TAVARES, Juarez, *op. cit.* p. 61

¹⁸² FABIO ROBERTO D'ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, 2005, Coimbra Editora, p. 217

¹⁸³ FRAGOSO, HELENO. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 44

de agir; nos crimes comissivos por omissão (ou impróprios), a omissão caracteriza-se pela transgressão de um dever jurídico de impedir um resultado que configura fato típico.

Outro critério distintivo funda-se na necessidade ou não de um resultado naturalístico para a consumação do delito. Trata-se do critério tradicional. Segundo este entendimento, as omissões próprias são, em certa medida, crimes de mera conduta, sendo prescindível a existência de um resultado naturalístico. Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, demandariam a ocorrência de um resultado típico.

Nessa linha, Bacigalupo¹⁸⁴ afirma que “os crimes comissivos próprios contêm um mandamento de ação, sem levar em conta, para os efeitos da tipicidade, se a ação executada evitou ou não a lesão ao bem jurídico. Os crimes omissivos impróprios, pelo contrário, exigem que seja evitada a produção de um resultado: a realização do tipo, portanto, depende deste último, isto é, do impedimento do resultado.” Gimbernat também adota este critério, pois, em seu entender a expressão omissão própria se refere a inatividades em sentido estrito, que não demandam conexão com resultado algum. De maneira diversa, a expressão omissão imprópria faz referência a uma conduta que deveria se considerada como ação por ocasionar, em igual medida, o resultado naturalístico¹⁸⁵.

O terceiro critério é o tipológico, utilizado por Kaufmann, no qual se constata que os crimes omissivos próprios são descritos expressamente em um tipo penal específico, por outro lado, os delitos omissivos impróprios não estão previstos em um tipo penal, mas são fruto de uma equiparação com os tipos de comissivos.

Figueiredo Dias,¹⁸⁶ retratando a experiência do Código Penal Português, aponta que “crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a Parte Especial referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fáticos donde deriva o dever jurídico de atuar”, ou, diversamente, “delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de

¹⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique apud TEIXEIRA, Gomes Rodrigo. Op. cit., p. 83

¹⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2ª. ed. Montevideo: B de F Ltda., 2013, p. 130

¹⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 914

equiparação da omissão à ação, como tal legalmente prevista e punível na Parte Geral (art.10º, n.ºs 1 e 2)”.

Por fim, há doutrinadores que distinguem os delitos omissivos próprios dos impróprios a partir do sujeito do crime. Na omissão própria existiria uma obrigação geral de intervenção, unicamente, em razão ao princípio da solidariedade. Entretanto, nos delitos omissivos impróprios, o sujeito possui uma relação especial com bem jurídico protegido, seja por um contrato ou pela posição especial de responsabilidade, de modo que ele deve atuar para impedir o resultado¹⁸⁷.

Nas palavras de Juarez Tavares¹⁸⁸, os delitos omissivos próprios não indicam expressamente o sujeito porque o dever de assistência é extensivo a toda a coletividade. Cumpre ressaltar que a criminalização da omissão própria só deve ocorrer diante da necessidade de proteção de bens jurídicos muito importantes, em nome do princípio da intervenção mínima¹⁸⁹.

5.3 – Os crimes omissivos impróprios

Os delitos omissivos podem ser classificados em próprios (ou puros) e omissivos impróprios (comissivos por omissão). Nos crimes omissivos próprios pune-se a simples abstenção da conduta devida, sendo irrelevante o resultado da consumação. Os crimes omissivos impróprios, além do dever de agir, é preciso que o sujeito obrigado atue para impedir o resultado. Por tais razões, Jescheck prefere a denominação “omissão simples” e “omissão qualificada” a omissão própria e imprópria, respectivamente¹⁹⁰.

Nesses crimes, o agente garantidor não está adstrito a simplesmente agir, impõe-se uma intervenção que evite a ocorrência do resultado. Considera-se que os crimes omissivos impróprios somente podem ser praticados por aqueles a que a lei colocou em posição de garante, punindo-os quando o resultado produzido não foi evitado, se o sujeito tinha possibilidade impedi-lo, equiparando-se esse resultado a

¹⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 363

¹⁸⁸TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 307.

¹⁸⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Direito penal. Parte geral. Porto: Publicações Universidade Católica, II, 2003, p. 416

¹⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 168

uma ação¹⁹¹. No dizer de Paulo Queiroz¹⁹², nos crimes omissivos impróprios, o legislador equipara a omissão à ação, de sorte que, por exemplo, responde por homicídio aquele quem, embora não tenha matado a vítima, devia agir para evitar-lhe a morte (policiais, bombeiro, salva-vidas), mas não o fez, podendo fazê-lo.

Munõz Conde¹⁹³ evidencia que a diferença entre os delitos de ação e os omissivos impróprios reside na obrigação especial que o sujeito ativo tem de impedir a produção de resultado, em virtude de determinados deveres que assumiu ou lhe foram impostos pelo seu cargo ou profissão.

Para Juarez Tavares, os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente, nem existe nas pessoas em geral¹⁹⁴. Esses indivíduos garantidores da evitabilidade do resultado, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado¹⁹⁵. Além da inação, que é de sua natureza, e com isso violar o dever de agir, a omissão pressupõe essa vinculação especial do sujeito com a vítima, de modo a torna-lo garantidor¹⁹⁶. Conforme indica Luiz Regis Prado¹⁹⁷, o autor de um delito omissivo impróprio deve ser o titular de um dever jurídico especial que implique garantia da não-produção do resultado típico. Assevera, ainda, este último que, o especial dever de garante, como elemento normativo do tipo de injusto, serve para delimitar o círculo dos possíveis autores (qualidade especial do sujeito) do delito de comissão por omissão.

Segundo Munhoz Netto¹⁹⁸, a antijuridicidade deste comportamento não reside na causação de um resultado lesivo, mas na omissão do agente garantidor. A razão da reprovabilidade está no fato de que a relação especial com o bem jurídico

¹⁹¹ DELGADO, Patrícia San Gabino. *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión desde la perspectiva de lo ordenamiento jurídico cubano*. Santa Clara, 2013, p. 5

¹⁹² QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 227

¹⁹³ CONDE, Muñoz Francisco. Op. cit. p. 27

¹⁹⁴ TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Op. cit., p. 65

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral apud SAUER, Guilherme. Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1956

¹⁹⁶ TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Op. cit. p. 65

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. Algumas notas sobre a omissão punível. In.: Revista dos Tribunais, n. 872, 2008, p. 433-455

¹⁹⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. Crimes omissivos no Brasil. In.: Revista de Direito Penal e Criminologia, n. 33, janeiro/82, p. 18

tutelado, profissão ou o manejo de uma fonte de riscos pelo impõe a determinadas pessoas a obrigação de impedir que se produza um resultado lesivo¹⁹⁹.

O Código Penal brasileiro dispõe, em seu art. 13, §2º, que a omissão será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Nesta senda, os delitos omissivos impróprios consistem na abstenção do dever de agir por parte do sujeito garantidor, que podendo agir, não intervém para impedir o resultado, sendo responsabilizado diretamente pela lesão causada.

5.4 – Pressupostos dos crimes omissivos

Os delitos omissivos próprios e impróprios apresentam como requisitos comuns: a) situação jurídica geradora de um dever de atuar; b) omissão de uma conduta determinada; c) capacidade de agir e evitar o resultado; d) dolo e culpa.

Os fatos que geram o dever de atuar devem estar previstos no tipo penal. O tipo objetivo dos delitos omissivos deve prever uma situação concreta que justifique a criação do dever jurídico de agir²⁰⁰. Para Juarez Tavares, a situação típica omissiva abarca todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, de modo a fundamentar a punibilidade²⁰¹. O referido autor, na mesma oportunidade, exemplifica que no crime de omissão de socorro, o tipo não é preenchido somente porque o autor não agiu, mas há um contexto fático que explica o dever de intervir. O comportamento devido não pode prever somente a proibição de não agir, deverá dispor também sobre as circunstâncias fáticas que justificam o injusto.

Ademais, como já explanado, a omissão não consiste em simplesmente não fazer algo, mas, deixar de agir quando era obrigado e possível. Desse modo, segundo Zaffaroni²⁰², haverá omissão punível quando a conduta se contrapõe ao fim ordenado

¹⁹⁹ CONDE, Muñoz Francisco. Op. cit. p. 28

²⁰⁰ TEIXEIRA, Gomes Rodrigo. Op. cit., p. 76

²⁰¹ TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Op. cit., p. 77-78

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. op. cit., p. 454.

pela norma, de maneira que se a conduta se dirige a evitar o resultado, mesmo que não logre êxito, não será possível imputar ao sujeito uma omissão dolosa. A imputação de um delito omissivo pressupõe um comportamento diverso daquele ordenado.

Para que o comportamento omissivo seja punível é essencial que o sujeito possua condições de executar o comando. É necessário que, além do dever de agir, haja também a possibilidade de intervir. Como assevera Juarez Tavares, a obrigação de proteção não pode implicar eliminação do próprio obrigado, o que lhe retira a qualidade especial de garantidor²⁰³. O direito penal não pode exigir que as pessoas atuem de maneira milagrosa, sacrificando, em demasia, seus próprios bens jurídicos.

Segundo Bitencourt, o sujeito obrigado deverá agir, ainda que com risco pessoal²⁰⁴. Por outro lado, Schunemann²⁰⁵ considera que o direito não pode exigir mais do que o possível de uma pessoa, sendo assim, a possibilidade de ação é uma condição prévia da omissão. O sujeito garantidor deve possuir condições materiais de agir para impedir o resultado.

Enrique Bacigalupo observa, ainda, que, diante da situação fática geradora do dever de agir, a omissão imprópria somente se configurará se o agente pudesse tomar a decisão correspondente à conduta exigida e realizá-la, por esta razão se exige como elemento essencial da capacidade tanto o conhecimento da situação geradora do dever como dos meios para realizá-la e do seu fim²⁰⁶. Para tanto, o agente deve conhecer a situação típica e dispor de meios materiais, físicos e psíquicos para evitar o resultado.

A análise da capacidade de intervenção perpassa por uma avaliação do contexto fático-pessoal a que o sujeito está adstrito. Nessa linha, Tavares adverte que a “real possibilidade de agir deve abarcar a capacidade individual de realizar a conduta determinada”²⁰⁷, portanto, deve-se ponderar “as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente”²⁰⁸.

²⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral. p. 221

²⁰⁴ Idem

²⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 52-53.

²⁰⁶ BACIGALUPO, Enrique apud TEIXEIRA, Gomes Rodrigo. Op. cit., p. 73

²⁰⁷ TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Op. cit., p. 76

²⁰⁸ TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposos, p. 487

Destaque-se, ainda, é preciso avaliar se a realização da conduta devida, de fato, evitaria a ocorrência do resultado. Bitencourt argumenta que se deveria fazer um “juízo hipotético de acréscimo”, no qual imagina-se que se a conduta devida fosse realizada, o resultado poderia ou não haver sido evitado²⁰⁹. Caso a realização da conduta mandada não tivesse o poder de evitar a ocorrência do resultado, deve-se concluir que a omissão não produziu o resultado. Sobre o tema, Schünemann alerta que o “Direito não pode exigir algo impossível (*impossibillum nulla obligatio*); o inevitável nunca pode ser ilícito”. Assim, se as circunstâncias fáticas apresentadas pelo caso concreto indicarem que, mesmo se o garantidor interviesse no problema, o resultado ocorreria, a conduta omissiva não será punível.

Por fim, cumpre ressaltar que a estrutura do dolo e da culpa na omissão é basicamente a mesma do delito comissivo, admitindo-se a punição á título de culpa tão só quanto houver previsão legal expressa²¹⁰. O dolo compreende a consciência e vontade de não realização de uma ação que sabe típica, possível e exigível. A omissão culposa pressupõe a criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado²¹¹.

5.5 – O dever de garante

5.5.1 – Teorias explicativas da posição de garante

Nos crimes omissivos impróprios, além dos pressupostos comuns à todas as espécies omissivas, ou seja, situação típica omissiva, comportamento diverso do ordenado pelo tipo, capacidade de agir e evitabilidade do resultado, compõe a estrutura normativa deste tipo de delito o sujeito garantidor. A posição de garante é o elemento de diferencia os crimes comissivos por omissão dos omissivos próprios.

Para Enrique Bacigalupo²¹², é inegável que o dever de ação é um pressuposto para verificar a responsabilidade por omissão imprópria, mas, insuficiente, tendo em

²⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 221

²¹⁰ QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 168

²¹¹ Idem

²¹² BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 116

vista que será necessária avaliar a existência uma estreita relação social entre o sujeito garantidor e o titular do bem jurídico protegido. O sujeito garantidor é um elemento típico dos crimes omissivos impróprios, diversificando-os dos demais,

O Código Penal Brasileiro, em sua parte geral, prevê que o dever de agir para evitar o resultado, dirige-se a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º). Juarez Tavares ressalva que a regra adota pelo Código limita-se a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece sobre o seu conteúdo²¹³.

De acordo com Luiz Regis Prado²¹⁴, a posição de garante é explicada por teorias: i) formal ou clássica; ii) funcional, material ou substancial e iii) mista ou formal/material. Além destas, Bernd Schünemann propõe a teoria sobre o domínio do fundamento do resultado para justificar a posição de garante.

A teoria formal, proposta por Feuerbach, diz que não é possível a imputação de responsabilidade se não há uma fonte jurídica (a lei ou contrato). Rodrigo Teixeira destaca que “segundo essas teorias formais, não é suficiente a relação de fato de proximidade entre o sujeito e o bem jurídico, necessário se faz o reconhecimento dessa relação fática e sua representação em uma daquelas fontes”²¹⁵. Ademais, o benefício desta proposição é que a exigência de imprescindível fundamento jurídico-formal da obrigação de garantia, como tributo ao princípio da legalidade²¹⁶. O Código Penal brasileiro adota a teoria formal.

Por sua vez, a teoria material se propõe a superar as restrições impostas pelo modelo formal ou clássico. Ernesto Albán Gómez exemplifica que o noivo, embora não possua as mesmas obrigações do cônjuge, em determinadas situações deverá

²¹³ TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Op. cit., p. 69

²¹⁴ PRADO, Luiz Regis. Algumas notas sobre a omissão punível. Op. cit. p. 16

²¹⁵ TEIXEIRA, Gomes Rodrigo. Op. cit.. 110

²¹⁶ MANTOVANI, F. *La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 485 *apud* PRADO, Luiz Regis. Algumas notas sobre a omissão punível. Op. cit. p. 16

proteger os bens jurídicos da noiva²¹⁷. Para Kaufmann, o sujeito será garante se possuir deveres de assistência ou de proteção da vítima ou de controle de uma fonte de perigo em relação a todo bem que possa ser por ela afetado²¹⁸. Segundo essa teoria, a proximidade do agente com o bem jurídico protegido justifica a assunção do dever de garante. São fontes desses deveres pessoas com laços afetivos (comunidade de vida); pessoas unidas por situações de risco (comunidade de perigo); assunção voluntária de proteção de determinado bem jurídico ou de controle de uma fonte de perigo; conduta precedente ou ingerência; assunção do dever de vigilância de uma fonte de perigo e posição responsabilidade frente a conduta de outras pessoas.

Contudo, como se vê, a teoria funcional expande o âmbito de proteção do agente garantidor, contribuindo para a instauração da insegurança jurídica, especialmente na sociedade contemporânea, cuja característica é instituir deveres de toda sorte. Por outro lado, a teoria material não deve ser completamente abandonada, pois, oferece critérios de correção à teoria formal.

Diante desse cenário, surgiu a teoria mista ou formal-material, que objetiva compatibilizar estas duas teses. Como esclarece Luiz Regis Prado, à lei, contrato e ingerência são agregados outros critérios de ordem material – proteção de bens jurídicos, controle de fontes de perigo²¹⁹.

Schünemann desenvolveu a tese de que o omitente deve possuir domínio sobre os fundamentos do resultado²²⁰. Para o autor, os garantes podem assumir o domínio sobre o acontecimento, em razão de uma estreita relação com a comunidade, pela responsabilidade pelo manejo de fontes de perigo e pela assunção de dever de vigilância frente a terceiros²²¹.

5.5.2 – Fontes da posição de garantidor no Código Penal Brasileiro

²¹⁷ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales, 2016, p. 366.

²¹⁸BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. op. cit., p. 120.

²¹⁹PRADO, Luiz Regis. Algumas notas sobre a omissão punível. Op. cit. p. 16

²²⁰ SHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 288.

²²¹ Idem

Nos termos do art. 13, §2º, “a” do Código Penal, a primeira fonte do dever de agir para evitar o resultado decorre da obrigação legal “de cuidado, proteção ou vigilância.” Considera-se a lei, neste caso, em seu sentido formal, ou seja, aprovada pelo Congresso Nacional, no exercício das suas competências. Neste ponto inserem-se as normas que regem as relações familiares, como o Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil, além dos deveres legais de cuidado e vigilância típicos de algumas profissões, a exemplo de policiais e bombeiros, responsáveis pela segurança pública, conforme o art. 144 da Constituição Federal, bem como de agentes penitenciários, no cumprimento da Lei de Execuções Penais²²².

Afirma Rodrigo Gomes Teixeira²²³ que, em respeito ao princípio da legalidade, as normas administrativas, regulamentos, portarias, decretos não podem ser admitidas como aptas a atribuir a alguém a responsabilidade com base no art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código penal. De maneira semelhante, Sheila Bierrenbach²²⁴ entende que o dever de agir deve encontrar fundamento em lei em sentido estrito, como medida de preservação do princípio da legalidade.

Outra fonte da posição de garante está prevista no art. 13, §2º, “b”, pois, aquele que “de outra forma, assumir a responsabilidade de impedir o resultado” também deverá intervir para impedir o resultado. Sob esse plano, o sujeito voluntariamente se predispõe a assumir a condição de garantidor. Por muito tempo se falou em dever contratual, porém, o contrato não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidades²²⁵, a posição de garante pode se originar de qualquer espécie de ato voluntário. Este dispositivo representa uma ampliação das fontes em relação à previsão da alínea “a” do mesmo artigo.

Segundo esta perspectiva, a fonte do dever de agir reside na confiança imanente à assunção voluntária, e não do contrato²²⁶. Desse modo, babás, guias de turismo, seguranças particulares assumem, ainda que, transitoriamente, a posição de garantidor. Além disso, estes garantes deverão exercer o poder de vigilância com o objetivo de evitar a causação de danos a terceiros. Assim, os representantes de incapazes respondem pelos danos que estes causarem à terceiros.

²²² BIERRENBACH, Crimes omissivos impróprios, op. cit., p. 78.

²²³ TEIXEIRA, Gomes Rodrigo. Op. cit.. 110

²²⁴ Idem

²²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral. p. 222

²²⁶ ZAFFARONI; BATISTA et all., Direito penal brasileiro, 2º v., op. cit., p. 362.

Juarez Tavares²²⁷ ressalva que é preciso distinguir a violação do dever do garantidor da violação de cláusulas contratuais. Nem sempre o descumprimento de deveres contratuais implica omissão imprópria. O referido autor apresenta, como exemplo, a situação do médico que se obriga a realizar determinado procedimento em um paciente, entretanto resolve viajar e deixa o seu encargo sob a responsabilidade de outro médico, que assume o tratamento. Nesse caso, o médico ausente não pode ser punido penalmente pelas lesões que resultem de erros no diagnóstico de seu colega.

A terceira hipótese, inscrita na alínea “c” do art. 13, §2º, dispõe que aquele que “com comportamento anterior, criar o risco da ocorrência do resultado” assumirá a posição de garante. Por essa tese, quem com seu comportamento ingerente cria riscos a bens jurídicos alheios deve intervir para evitar um resultado consequente da ação anterior²²⁸. Em virtude do comportamento anterior, surge-lhe a obrigação de impedir que essa situação de perigo evolua para uma situação de dano efetivo.

O Código Penal não especificou se a conduta anterior deve ser lícita ou ilícita. Janaína Pascoal²²⁹ e Maurach²³⁰ admitem que o comportamento ingerente não precisa ser antijurídico, porquanto, as ações que ocorrem dentro do âmbito do risco permitido não excluem o dever de segurança²³¹. Todavia, a maior parte da doutrina nacional compreende que a conduta prévia deve ser contrária ao direito²³². Nas palavras de Paulo Queiroz, embora a lei não diga, é de concluir que a condição legal de garante pressupõe que o comportamento anterior seja ilícito, pois não seria razoável que condutas legítimas pudessem gerar semelhante dever, criando um ônus tão grave para o omitente²³³.

5.7 – A (im)possibilidade de responsabilização penal do *compliance officer* por omissão aos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro

²²⁷ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. P. 326

²²⁸ PASCHOAL, Janaína. Op. cit., p. 16

²²⁹ Idem

²³⁰ MAURACH apud TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.* p. 118.

²³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 215

²³² Idem

²³³ QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 229

Segundo Tiedemann²³⁴, uma parte importante da doutrina alemã concebe a empresa como uma eventual fonte de perigos paraterceiros, devendo os responsáveis pela direção da pessoa jurídica, assegurar que essa fonte de perigos permaneça sob permanente vigilância. Muito embora essa assertiva seja de difícil comprovação empírica, é certo que, no contexto da sociedade contemporânea, as legislações nacionais e internacionais impõem às pessoas físicas e jurídicas deveres de colaboração com a finalidade de prevenir a ocorrência de ilícitos penais.

Nesse sentido, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98 com alterações promovidas pela Lei 12.613/2012) passou a exigir que determinadas instituições privadas e pessoas naturais adotem “políticas, procedimentos e controles internos” que lhe permitam atender os deveres de fiscalização e notificação dispostos no art. 10 da referida lei, sendo, portanto, imprescindível o desenvolvimento do *compliance*.

Para a efetividade desses programas de *compliance*, a designação de um *compliance officer* é fundamental, pois, costumeiramente, a ele são atribuídas as funções de monitoramento e aperfeiçoamento do programa de integridade. Diante disso, a doutrina suscita questões acerca da possibilidade de considerar o *compliance officer* como sujeito garantidor em face dos riscos que atividade econômica pode gerar. O principal problema consiste em encontrar o fundamento jurídico deste dever e o seu alcance.

Adverte Sarcedo que, ante a falta de maiores especificações legislativas a respeito das obrigações efetivamente impostas aos profissionais encarregados das estruturas de *compliance* no interior das pessoas jurídicas, não há uma padronização para o exercício dessa função, com nomenclaturas e tarefas que variam de empresa para empresa²³⁵. Sobre esse ponto, Schünemann afirma que a descentralização das decisões (e da sua execução) nas empresas hodiernas comporta o risco de converter a organização da responsabilidade em irresponsabilidade organizada²³⁶.

²³⁴ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitário, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993, p. 166

²³⁵ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 70

²³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires, D'Plácido, 2004, p. 25.

Com efeito, sustenta Cardoso que, em geral, é encargo do *compliance officer* fiscalizar se os procedimentos de controles internos estão em conformidade com a lei, com as regras emanadas de órgãos reguladores e com as normas internas da própria empresa, com o objetivo de investigar e prevenir delitos relacionados, por exemplo, à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes²³⁷. O responsável pelo *compliance* possui, no âmbito da empresa, o dever de instituir normas de boa-conduta, de supervisionar o atendimento das diretrizes da empresa pelos seus membros, de compatibilizar os procedimentos da sociedade empresarial com as regulamentações do setor de atuação e comunicar às autoridades inícios de crimes.

Para parte da doutrina, a função de garante do *compliance officer* origina-se da delegação de tarefas de vigilância por parte do empresário, que deve velar, originariamente, pelo controle dos riscos gerados pela atividade empresarial, mantendo-os dentro do normativamente permitido. Em outras palavras, o *compliance officer* assume a posição de garantidor devido à delegação de atribuições pelo seu superior hierárquico.

Nessa linha, Gómez-Aller preconiza que as pessoas que no interior da empresa podem ostentar posições de garantia fazem-no em virtude de uma assunção, pois o empresário delega-lhe uma tarefa perigosa, o cuidado de focos de perigo ou a custódia de interesses alheios²³⁸. Ressalte-se que delegação de atribuição não elimina a responsabilidade originária do empresário, mas a transforma, de modo que, a partir de então, o órgão originário passará a supervisionar e controlar o membro designado como *compliance officer*²³⁹, além de se tornar responsável pela adequada seleção do empregado²⁴⁰.

De acordo com Sarcedo, a delegação de atribuições potencializa os riscos penais pessoais assumidos pelo profissional empregado que exerce essa função²⁴¹.

²³⁷CARDOSO, Débora Motta. Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 1ª ed. LiberArs, 2015. p. 55

²³⁸DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: um aproximación tópica*, Op. cit.,p. 172

²³⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal*, In: *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 324

²⁴⁰ Idem

²⁴¹ SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. Op. cit, p. 55

Por conta disso, Silva Sánchez²⁴² recorda que caberá às regras de atribuição e distribuição de competência um decisivo papel na delimitação dos concretos riscos que o sujeito deve controlar, bem como na determinação das medidas que deve adoptar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso. Sobre esse ponto, Schünemann²⁴³ afirma que a função de garante deve estar limitada ao quadro de competências do sujeito no ambiente empresarial. A amplitude da atuação do garante estaria limitada pelo setor da empresa que ele exerce domínio.

Em busca de uma justificação para os crimes omissivos, Schünemann²⁴⁴ passa a considerar que a equivalência entre a omissão e a ação encontra fundamento no domínio dos dirigentes da empresa sobre as fontes de perigos da atividade econômica, assim como sobre o poder legal que este detém sobre os seus subordinados, ou, mais precisamente, na assunção voluntária da custódia. Estas pessoas possuiriam domínio sobre o fundamento do resultado. Sob esse enfoque, Schünemann entende que “o garantidor é obrigado a impedir o resultado porque se achava investido do poder de controle sobre o acontecimento”²⁴⁵.

O domínio sobre o fundamento do resultado classifica-se em: *i*) domínio sobre uma situação de desamparo do bem jurídico, que abarca situações de comunidade afetiva (de vida), comunidade de riscos e assunção de vigilância) e *ii*) o domínio sobre uma causa essencial do resultado (a posição de garante, domínio sobre pessoas ou instalações perigosas). No âmbito da empresa, o domínio sobre a causa do resultado pode ser oriundo: *i*) do domínio material, consistente no controle sobre coisas e procedimentos e *ii*) do domínio pessoal, que é o poder de mando legal sobre os empregados.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Criminalidad de empresa y compliance*. Atelier, 2013, p. 300.

²⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*. ADPCP, Vol. LV, 2002. p. 31

²⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-positiva común para todas las formas de autoría*. Derecho Penal y Criminología. Universidade Externado de Colombia, Vol. 25, n. 75, 2004, p. 20

²⁴⁵ Idem

Diante disso, a imputação de responsabilidade por omissão imprópria depende do domínio do garante sobre estes elementos. Como delineia Susana Aires²⁴⁶, o exercício daquele domínio pelo dirigente da estrutura empresarial seria condição *sinequa non* para que se possa afirmar a sua responsabilidade criminal por omissão. Para isso, é necessário que o *compliance officer* atue com independência e possua poder de controle e de veto sobre determinadas ações e procedimentos (domínio sobre as fontes de perigo).

Consoante se observa, a posição de garante do *compliance officer* provém da delegação do empresário das atividades de vigilância e controle dos riscos que atividade empresarial pode causar a bens jurídicos alheios. Todavia, como não há uma uniformização legal sobre gama de competências atribuídas ao *compliance officer*, é preciso que no programa de integridade da pessoa jurídica conste as funções, direitos e deveres do *compliance officer*.

Entretanto, a mera atribuição de deveres de proteção e vigilância ao *compliance officer* não é suficiente para imputação de responsabilidade penal, sendo necessário, na linha defendida por Schünemaan, que o sujeito garantidor possua domínio sobre a causa do resultado. Além da capacidade de agir e evitar o resultado, exige-se o dolo na omissão imprópria consistente na consciência e vontade de preencher o tipo normativo, sendo compreensivo, portanto, da situação típica, do poder de agir e da posição de garante²⁴⁷.

A lavagem de dinheiro pode ser conceituada como “o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando a procedência, se integram ao sistema econômico e financeiro”²⁴⁸. A doutrina costuma afirmar que a lavagem ocorre por meio de três etapas: a) colocação ou conversão; b) mascaramento ou dissimulação e c) integração ou reciclagem.

²⁴⁶ AIRES DE SOUSA, Susana. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto Empresarial. In.: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Studialuridica, vol. II, 2009

²⁴⁷ BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. Op. cit. p. 95

²⁴⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 23.

A lei de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98 com as alterações promovidas pela Lei 12.683/2013), impôs diversas obrigações às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores considerados propícios à lavagem de dinheiro (art. 9º). Conforme dispõe o art. 10 desta lei, as pessoas obrigadas deverão identificar seus clientes, armazenar informações e registrar as operações suspeitas. O diploma normativo determina, ainda, a criação de programas de *compliance*, na medida em que estas instituições são obrigadas a “adotar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto na lei”. Além disso, os sujeitos designados pela lei deverão comunicar às autoridades competentes as operações consideradas típicas de lavagem de dinheiro.

Badaró e Bottini destacam que é notória a progressiva utilização da omissão imprópria como forma de atribuir aos dirigentes de instituições financeiras e empresas a responsabilidade penal pela prática do delito de lavagem de dinheiro, sendo a presunção de um dever de garantia usada muitas vezes como instrumento de superação de dificuldades probatórias²⁴⁹.

Ao tratar da figura do garantidor, o art. 13, §2º do Código Penal, indica que o dever de agir para evitar o resultado, é imposto a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do seu resultado. São estas as fontes da posição de garantidor, segundo a lei penal brasileira. Em obediência ao princípio da intervenção mínima, a omissão imprópria deve ser interpretada restritivamente, porquanto, representa um instrumento de expansão do rol de comportamentos puníveis.

Alamiro Netto²⁵⁰ alerta que a tentativa de considerar omissões administrativas como fundamentos para a caracterização da omissão imprópria gera forte insegurança jurídica. Nesse sentido, muito embora a Lei de Lavagem de Dinheiro determine que as pessoas relacionadas no art. 9º deverão adotar procedimentos para registros de transações, identificação de clientes e de notificação aos órgãos

²⁴⁹BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 197

²⁵⁰SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 250, set. 2013, p. 3.

competentes (arts. 10 e 11), trata-se, em realidade, de um dever de colaboração para prevenção da prática de lavagem de capitais neste setor, e não de um dever de evitar o resultado.

Como preconiza De Grandis, “a lei 9.613/98 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9º o dever de abstenção de conduta que possa caracterizar o branqueamento de ativos, limitando-se a exigir que elas procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros de transações que realizarem e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas”²⁵¹. A inobservância das obrigações impostas nos art. 10 e 11 da Lei de Lavagem possui natureza administrativa.

Para Badaró e Bottini, o descumprimento de qualquer das normas administrativas previstas na Lei 9.603/2018, por si só, não atrai o dever de garante²⁵². Desse modo, inexistindo previsão expressa acerca do dever de impedir a ocorrência do resultado, não é possível falar em dever de garantia.

Ainda que se considere possível a tipificação do dever de impedir o resultado, para que se configure a omissão imprópria, é necessária a observância dos pressupostos de capacidade de agir e evitar o resultado. Para tanto, o agente garantidor, sob a perspectiva de Schünemann, deverá possuir domínio sobre o fundamento do resultado. Por outro lado, isto requer a delimitação precisa do campo de atuação do *compliance officer* e das suas prerrogativas para controle dos riscos.

Dessa maneira, o programa de integridade deverá dispor expressamente sobre as funções atribuídas ao *compliance officer*, de modo que este sujeito detenha condições materiais de controlar as ações e procedimentos da empresa e evitar a prática delitativa, sem o que não ele poderá ser considerado como controlador da fonte de perigo e responsável por impedir o resultado típico.

Ademais, conforme lecionam Badaró e Bottini²⁵³, no âmbito da lei de lavagem de capitais, exige-se a prática de um comportamento doloso, sendo insuficiente a desídia ou a imprudência, tendo em vista que a modalidade culposa de lavagem é impune no direito brasileiro.

²⁵¹DE GRANDIS, Rodrigo. *O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

²⁵²BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 200

²⁵³BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit, p. 201

6. CONCLUSÕES

A busca incessante pelo progresso tecnológico-científico expôs a sociedade a riscos de caráter atemporal e transfronteiriço. A sensação generalizada de insegurança influenciou na construção da política criminal contemporânea. Diante disso, o direito penal passou a ser utilizado como um instrumento de prevenção e repressão de condutas que violem bens jurídicos de natureza supraindividual, a exemplo da ordem econômica.

Por outro lado, o combate à criminalidade econômica exige flexibilização dos institutos clássicos do direito penal. As reformas penais deste século, no plano nacional e internacional, são, notoriamente, marcadas pela criação de tipos abertos, pela tipificação massiva de crimes de perigo abstrato, pelo uso exacerbado de normas penais em branco, além da recorrente atribuição de deveres de colaboração a particulares.

Nesse contexto, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) surge como um mecanismo de repressão aos atos que objetivem a inserção de ativos ilícitos na economia formal. A incapacidade do aparato estatal para identificar e reprimir a prática da lavagem de capitais tornou imprescindível a atribuição de obrigações às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores propícios à lavagem de dinheiro. A Lei 9.613/98 determina que as entidades obrigadas (art. 9º) deverão registrar e armazenar informações e transações de seus clientes, instituir mecanismos de controle interno (*compliance*) e comunicar às autoridades competentes operações financeiras atípicas (arts.10 e 11).

A instituição de programas de *compliance* é essencial para evitar sanções advindas do descumprimento dessas obrigações administrativas, bem como para prevenir a prática de ilícitos penais no âmbito empresarial. Para que o *compliance* seja efetivo faz-se necessária a presença de alguns elementos, como: um Código de Conduta (ou de Ética); treinamento dos membros da empresa; procedimentos de investigação interna e punição dos infratores. Entretanto, para que tudo isto seja viável é fundamental a designação de um *compliance officer*, que será responsável pela supervisão do cumprimento do programa de integridade empresarial.

A crescente designação de pessoas para exercerem a função de *compliance officer* estimulou o debate na doutrina nacional e internacional acerca da sua posição ou não de sujeito garantidor da proteção da vítima. No âmbito da Lei de Lavagem de

Dinheiro esta questão torna-se ainda mais problemática, tendo em vista que o referido diploma normativo criou diversas obrigações para os particulares que atuam em setores sensíveis, cujo descumprimento implica sanções administrativas

Em razão disso, o presente trabalho apresentou um panorama dos crimes omissivos impróprios, no qual verificou-se que os pressupostos da omissão imprópria são: a situação jurídica geradora de um dever de atuar; a omissão de uma conduta determinada; capacidade de agir e evitar o resultado e sujeito garantidor.

É preciso destacar que diversas teorias tentaram explicar as fontes do dever de garante, porém, o Código Penal, em seu art. 13, §2º, indica que esta obrigação incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Na linha proposta por Schünemann, a posição de garante do *compliance officer* se fundamenta no exercício efetivo do controle sobre uma fonte de perigo.

Ocorre que, a Lei de Lavagem de Dinheiro ao impor obrigações de *compliance* aos particulares, não criou o dever de evitar a prática da lavagem de capitais, mas de contribuir com a prevenção deste tipo de ilícito penal.

Por outro lado, ainda que se entenda que o *compliance officer* é responsável por impedir o resultado típico, será imprescindível que se apure a omissão de uma conduta determinada; o ramo de competências atribuído a ele na empresa e a capacidade para agir e evitar o resultado, tendo em vista que se não tinha conhecimento da prática ilícita, tampouco possuía meios disponíveis para evitar o resultado, a omissão não será punível. Finalmente, é preciso que o agente atue dolosamente, pois, o tipo da lavagem de dinheiro exige o dolo direto de causar o resultado.

7. BIBLIOGRAFIA

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Código Orgánico Integral Penal*. 1ª ed. Quito: Ediciones Legales, 2016.

AIRES DE SOUSA, Susana. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto Empresarial*. In.: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. In.: Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, vol. II, 2009

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. 2ª ed. Bogotá: Themis Librería, 1983

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas, com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, vol. 1 – Parte geral*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 2006

CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. Livraria do Advogado: 2003

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal - parte geral*. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 1ª ed. São Paulo; LiberArs, 2015.

COLARES, Wilde Cunha. *Ética e Compliance nas empresas de Outsourcing*. Programa de Pós-Graduação *lato sensu* do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). São Paulo, 2014

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios: tipo e imputação objetiva*. 1ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido. 2017.

_____. *Crimes Omissivos Impróprios e seus elementos objetivos à luz do funcionalismo teleológico*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2017.

CRESCO, Eduardo Demétrio.; GALVÃO, Adriano. *Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas*. In: Revista *Liberdades*, nº 14, pg. 61-93, setembro/dezembro. 2013.

DELGADO, Patrícia San Gabino. *La posición de garante em los delitos de comisión por omisión desde la perspectiva de lo ordenamiento jurídico cubano*. Dissertação (Mestrado), Santa Clara, 2013

DE GRANDIS, Rodrigo. *O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal na sociedade do risco. Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales em el derecho español*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de*

sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons. 2017.

FABIO ROBERTO D'ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico).* Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. *Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do Direito Penal Econômico.* Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

FRAGOSO, HELENO. *Crimes omissivos no direito brasileiro.* Revista de Direito Penal e Criminologia, v. 33

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atual.* Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, v.1, n.1, 2014

GRECO, Luís. "*Princípio da ofensividade*" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49. p. 102-103. 2004.

GÜNTHER, Klaus, "*De la vulneración de underecho a la infracción de um deber: ¿Un "cambio de paradigma" em el Derecho penal? La insostenible situación del derecho penal.* págs. 489-505. 2000.

JÚNIOR, Ney Fayet. *A Criminalidade Econômica e a Política Criminal: Desafios da Contemporaneidade.* In.: Direito & Justiça. Vol. 34, n.2. p.9-20, jul/dez. Porto Alegre. 2008.

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. *Direito penal econômico como direito penal de perigo: a tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea.*

Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2013

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

MUNHOZ NETTO, Alcides. *Crimes omissivos no Brasil*. In.: Revista de Direito Penal e Criminologia, n. 33, janeiro/82.

NETO, Eduardo Diniz. *Sociedade de Risco, Direito Penal e Política Criminal*. In.: Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, ago. 2010.

OLIVEIRA, José Ourismar Barros de. *Criminalidade de Empresa: Análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte. 2015.

PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PIMENTA, Pablo Fabrício de Souza. *Aspectos da nova Lei de Lavagem de Capitais*. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015

PRITTWITZ, Cornelius. "O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, n.º 47, p. 31-45, mar.-abr., 2004

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6ªed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Direito Penal Econômico*. 5ªed. São Paulo.: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Algumas notas sobre a omissão punível*. In.: Revista dos Tribunais, n. 872, 2008

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 11ªed. JusPodivm: Salvador. 2015.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro*. São Paulo: Trevisan Editora, 2013

ROBLES PLANAS, Ricardo, *El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal*. In: *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona: Atelier, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Criminalidade Organizada – que política criminal?*. In.: *Globalização e Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, 2003

ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?*. In.: *Revista dos Tribunais*. vol. 790. p. 459-474. 2001.

_____. *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*. In Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad.: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

_____, *Punishment of Individual Corporate Agents or Punishment of The Corporate Entity As Such or Punishment of Both*. *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective*, p. 17.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo. Saraiva. 2013

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. *Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 250, set. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 66.

SHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009

_____. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Marid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013.

_____. *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires, D'Plácido, 2004

_____. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-positiva común para todas las formas de autoría*. Derecho Penal y Criminología. Universidade Externado de Colombia, Vol. 25, n. 75, 2004

_____. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*. ADPCP, Vol. LV, 2002.

SILVA, Leonardo Henriques. *A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa*. In.; Revista de Direito. vol. 14, n. 19. 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. *Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública*. In. *Derecho Penal y Política Transnacional*. Barcelona. pgs. 308-309. 2005.

_____. *Teoria do Crime Omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *A globalização e os problemas de segurança pública*. Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004

_____. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996

TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitário, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993

ZINI, Julio César Faria. *Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 60, p. 147 a 207, jan./jun. 2012.