



**RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* POR OMISSÃO  
IMPRÓPRIA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

**CRIMINAL LIABILITY OF THE *COMPLIANCE OFFICER* DUE TO IMPROPER  
OMISSION IN MONEY LAUNDERING CRIMES**

<sup>1</sup>Ricardo do Espírito Santo Cardoso

**Resumo**

O trabalho analisa a responsabilidade penal do *compliance officer* no cumprimento dos programas de integridade, desenvolvidos objetivando a prevenção dos delitos de lavagem de capitais. Sob a ótica da dogmática penal, nos delitos realizados por omissão imprópria no contexto da complexidade das estruturas empresariais, é demonstrada a posição de garantidor do *compliance officer* derivado dos administradores da empresa, nos casos em que concretamente possui controle das fontes produtoras de risco, com suas particularidades na imputação penal de lavagem de capitais em face de uma omissão em seu dever de garante.

**Palavras-chave:** Criminal Compliance; Compliance Officer; Garantidor; Omissão Imprópria; Lavagem de Capitais.

**Abstract**

The work analyzes the criminal liability of the *compliance officer* in the fulfillment of integrity programs developed with the objective of preventing the offenses of money laundering. From the standpoint of criminal dogmatics, in offenses committed due to improper omission in the context of the complexity of the business structures, the role of guarantor of the *compliance officer* derived from the administrators of the company is demonstrated, in the cases in which they concretely have control over the risk-producing sources, with its specificities in the criminal imputation of money laundering in face of an omission in their duties of guarantor.

**Keywords:** Criminal Compliance; Compliance Officer; Guarantor; Improper Omission; Money Laundering.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Penal Econômico pela Universidade Federal da Bahia, UFBA- BA, (Brasil). E-mail: ricardo@espiritosaadv.br





## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo elaborar uma breve análise acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria do *Compliance Officer* no cumprimento das regras estabelecidas nos programas de *criminal compliance* estatuídos para a prevenção da lavagem de capitais. Assim, sob a ótica da dogmática penal, será analisada a estrutura dos crimes omissivos impróprios no contexto das relações empresarias, buscando traçar parâmetros claros da responsabilidade penal do *Compliance Officer* em caso de comportamento omissivo, sob a perspectiva da possibilidade de imputação de crime de lavagem de capitais por omissão imprópria.

A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação e da doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

O *criminal compliance* nos últimos tempos vem dominando o cenário nacional, inserido dentro dos contornos típicos do direito penal econômico como forma de promoção de práticas éticas na prevenção de delitos no âmbito empresarial. Fomenta assim, sérios debates no âmbito jurídico a respeito de seu conteúdo, com a criação de regras internas de governança, e as implicações do ponto de vista da dogmática penal em sua implementação.

O processo de globalização, fruto de uma sociedade pós-moderna, claramente vem promovendo o fenômeno do expansionismo jurídico-penal na busca de tutelar novas demandas que são complexas e de importantes interesses. Surge assim, a necessidade de uniformização da legislação penal em face do combate da macrocriminalidade econômica, gerando uma drástica intervenção no setor empresarial.

Nessa perspectiva, com a necessidade de ampliação dos controles de prevenção ao crime, impulsionado especialmente pela necessidade de prevenir a lavagem de capitais, são criadas diretrizes de controle da atividade financeira, agregando diversos setores profissionais para auxiliar no rastreamento da origem de capitais inseridos na economia formal. Assim, os programas de integridade, denominados de *criminal compliance*, são largamente difundidos e estimulados para que o setor privado passe a adotar comportamento preventivo, atuando, especialmente, com o compromisso de evitar práticas delitivas.



Nesse sentido, surgem novos desafios para a dogmática penal, tendo pela frente a necessidade de esclarecer as regras de responsabilização penal dentro de estruturas complexas do setor empresarial, bem como do *criminal compliance*, delimitando claramente o poder de punir, evitando, assim, o expansionismo do Direito Penal através de condutas omissivas impróprias. Dessa forma, pretende-se analisar a posição do garantidor na estrutura dos crimes omissivos impróprios, conforme os deveres e responsabilidades exercidas pelo *compliance officer*, responsável pela efetivação dos programas de integridades para evitar delito de lavagem de capitais.

## **1. A POSIÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER NOS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE**

O atual contexto histórico vivenciado no cenário internacional com a globalização econômica e a integração supranacional (SÁNCHEZ, 2002), aliado ao alto desenvolvimento tecnológico, o progresso da informática e o avanço da comunicação global promoveram a internacionalização da economia trazendo não apenas vantagens, mas também, infelizmente, o aperfeiçoamento da lavagem de dinheiro (SOUTO, 2002), bem como o desenvolvimento, em alta velocidade, dos crimes econômicos. Nessa conjuntura, o desenvolvimento de uma sociedade pós-industrial, inaugurando a chamada sociedade de risco (BECK, 1994), caracteriza-se pela necessidade de tutelar bens jurídicos supraindividuais, provocando o expansionismo penal como forma de contenção dos novos riscos na busca por segurança.

Nesse ambiente de globalizado dos riscos e desenvolvimento descontrolado da criminalidade organizada, há uma movimentação internacional para a uniformização da resposta estatal, sobretudo, através do direito penal, como forma de repressão da macrocriminalidade globalizada. Portanto, é nesse ambiente que se insere a necessidade de participação do setor privado, em especial o setor empresarial, no controle e na prevenção de crimes através de programas de governança.

A preocupação em criar mecanismos de prevenção aos crimes econômicos por meio do *criminal compliance* tem início pela década de 1970, sendo um dos marcos a lei dos EUA denominada *Foreign Corrupt Practices Act*. no ano de 1977. No século XXI, os programas de *criminal compliance* tem uma grande expansão no mundo (SHECAIRA, 2013). Outro símbolo de alta importância do *criminal compliance* foi à lei *Sarbanes-Oxley* (SOX), que vigorou nos EUA a partir de 2002 (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2012).



No cenário brasileiro com a Lei 12.486/13, a chamada Lei Anticorrupção, o programa de integridade, o *compliance*, se evidencia como uma realidade para o setor empresarial, em que pese à lei de lavagem de capitais, Lei 9.613/98, já ter inaugurado embrionariamente o instituto do *compliance*, com as obrigações correlatas (controle de atividades financeiras) que impõe um dever de conformidade e vigilância de ações a evitar a prática de crime de lavagem. Assim, ao menos do ponto de vista formal, o *criminal compliance* passa a tomar conta do cenário jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao combate dos crimes de corrupção, sob a perspectiva do corruptor, e da lavagem de capitais, delitos entrelaçados.

Nesse diapasão, é necessário ressaltar ainda, que os primeiros documentos jurídicos que cuidam desta questão se encontram depositados na Resolução 2.554, de 1998 do Conselho Monetário Nacional e na Lei de Lavagem de Capitais, (Lei 9.613/98), atualmente modificada pela Lei 12.683/12, bem como, pelas resoluções emitidas pelo Coaf (Conselho de Atividade Financeira). Certamente, também, uma das funções do *compliance* é a de identificação e prevenção das condutas de lavagem de dinheiro, que está na origem dos regramentos da *criminal compliance* no Brasil (GLOECKNER, 2014).

O *compliance* ou programas de conformidade e integridade surge como instrumento de contenção de riscos, gerando para a pessoa jurídica um dever de colaboração na prevenção de delitos, é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como, a atitude dos seus funcionários (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012). Revelando-se, assim, um comprometimento do setor empresarial no cumprimento do ordenamento jurídico, criando para tanto, regras internas de controle de comportamentos arriscados, códigos de condutas proibitivos de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando (FIGUEIREDO, 2015).

Silveira e Saad-Diniz (2012, p.293), assim se referem ao *compliance*:

Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condutas de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações economia ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.



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 empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas (BOTINI, 2013).

Nesse sentido, *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 (PETRELLUZI; RIZEK JÚNIOR, 2014).

Embora a terminologia *Compliance* se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas, o foco do presente artigo será, a análise da responsabilidade penal pela criação e a implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados ao combate da lavagem de capitais.

Por conseguinte, os programas de *compliance* tem por objetivo a contenção de riscos, sendo desenvolvido e gerido pelo *compliance officer* na implementação do programa de integridade, para criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa (LOBATO; MARTINS, 2016).

Nesse diapasão, são varias as controvérsias a respeito da responsabilidade do *compliance officer* e de quem efetivamente pode ocupar tal posição, para implementar o programa de integridade com efetiva vigilância e prevenção de condutas ilícitas no seio empresarial. Nesse aspecto, a legislação brasileira com a edição do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, inaugura em seu art. 42, inciso IX, a figura do “*responsável pela aplicação do programa de integridade*”, 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 responsabilidade.



Diferentemente da realidade brasileira, o Código Penal espanhol - em que pese não tratar expressamente da figura do responsável pelo *compliance* - traz uma sistematização mais clara da responsabilização dos administradores, bem como dos responsáveis pela implementação e fiscalização dos programas de integridade, o chamado *compliance officer*, permitindo assim, uma diferenciação de responsabilidade penal de seus atos. Com efeito, a legislação espanhola (art.31 bis, 2, 1º y 2º do Código Penal Espanhol) em plano teórico cria a obrigação da adoção do sistema de *compliance* e criação do *compliance officer* para supervisionar sua eficácia, com funções, responsabilidades limitadas e delimitadas, uma vez que, somente o órgão de administração possui a obrigação de ordenar a criação de um programa de *compliance* (APARICIO, 2016).

Entretanto, não existe uma uniformização da figura do 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), bem como, centralizado na figura do *compliance officer* (GÓMEZ-ALLER, 2013). Nesse sentido, a figura do responsável pelo cumprimento do programa de integridade na estrutura empresarial, é de difícil análise de sua responsabilidade pela evitação de delitos.

O programa de *criminal compliance* é basicamente um conjunto de medidas estruturadas pela empresa para prevenir práticas delitivas (lavagem de capitais) em decorrência das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídicas. Nesse contexto, surge à figura do indivíduo responsável pela implementação e fiscalização pelo devido cumprimento das medidas de integridade, o denominado *Compliance Officer* e a seguinte indagação: **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?**

## **2 A POSIÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER NA ESTRUTURA DOGMÁTICA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA – O GARANTIDOR**

A responsabilidade penal por omissão é uma forte característica do expansionismo penal, a busca por segurança em face da sociedade de risco, provoca uma absurda flexibilização de garantias nas regras de imputação, surgindo cada vez mais, tipos penais e normas referentes ao dever de vigilância. Nesse sentido, a complexidade das estruturas empresariais gera verdadeira controvérsia a respeito da posição de garantidor de seus



integrantes, surgindo à necessidade de se fixar parâmetros concretos de sua responsabilidade, em especial, da figura do *compliance officer* na realização dos programas de integridade de prevenção a lavagem de capitais.

Nas estruturas empresárias, a princípio, cabe aos superiores hierárquicos à responsabilidade de controle e dever de evitar atos lesivos praticados pela pessoa jurídica, recaindo sobre si a posição de garante, obrigando-os a adotar medidas eficazes para evitar a prática de delitos de seus empregados no desempenho de suas funções (GÓMEZ-ALLER, 2013). Afirma Sánchez (2013) que a posição de garante dos administradores da pessoa jurídica possui duas dimensões: uma interna, destinada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, o denominado de **garante de proteção** (*Beschützergarant*); e uma dimensão externa, orientada para evitar a prática de crimes efetuado pela pessoa jurídica através de seus membros a terceiros, o defino como **garante de controle** (*Sicherungs – ou Überwachungsgarant*).

No entanto, tendo em vista a complexidade das organizações empresárias caracterizada pela fragmentação das condutas, decisões e conhecimento, não se pode ignorar que os administradores não detêm por completo o controle geral e irrestrito de todas as ações, existindo portanto, uma transferência por delegação da posição de garante (FEIJOO SÁNCHEZ, 2008). Assim, o *compliance officer* por delegação pode assumir a condição de garantidor, com a função de gerir o programa de *criminal compliance* (garantido sua eficácia), o que não significa que a criação do *compliance officer* exonere os administradores da posição de garantidor, apenas promove uma modificação de sua posição/dever, deixando de se ocupar do controle e evitação, incumbindo-se do dever de supervisão e vigilância do *compliance Officer* (GÓMEZ-ALLER, 2013).

Nesse sentido, existira a relação de deveres primários e secundários, em uma dupla ordem de garantias, sendo que o empresário como delegante, teria o dever de escolher bem, controlar e vigiar, e os deveres de garante do delegado, é o de exercer corretamente sua função, sendo assim o primeiro figurando com um garante próprio e o segundo assumindo a posição de garante impróprio (SILVEIRA, 2016).

Portanto, a posição jurídica do *compliance officer* não é originária, mas sim, derivada da posição de garante dos administradores da pessoa jurídica que possuem o dever originário de evitar ilícitos no âmbito da organização (BERMEJO; PALERMO, 2013). No entanto, é necessário fixar que a legislação brasileira é omissa, sem que seja devidamente estabelecido e



esclarecido satisfatoriamente o conjunto de deveres jurídicos do empresário, repercutindo diretamente na responsabilidade do *compliance officer* (LOBATO; MARTINS, 2016).

Nesse sentido, é necessário que na criação dos programas de integridade, a figura do *compliance officer*, seja prevista com a devida delimitação de quais poderes serão exercidos, para que seu dever com a integridade das ações da empresa seja claro, fixando objetivamente sua posição de garantidor. A legislação brasileira não delimita a função do *compliance officer*, como afirmando, no Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, existe apenas uma referencia abstrata do “*responsável pela aplicação do programa de integridade*”.

A responsabilidade pela eficácia de um programa de *criminal compliance* independentemente de quem seja o responsável por seu cumprimento, sejam eles os administradores ou *compliance officer*, serão os mesmos deveres, sempre responsáveis pelo dever de controle dos focos de perigo. No caso de existência do *compliance officer*, por delegação, somente poderá assumir a titularidade pelo dever de controlar os riscos – dever de evitação, se possuir capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores (COSTA; ARAUJO, 2015).

Nas estruturas empresarias, dada à complexidade por conta da grande diversidade de espaços de atuação, seja no âmbito da direção empresarial, seja na posição exercida pelos subordinados, a delimitação de responsabilidade penal necessariamente passa por uma análise das ações neutras. Planas (2016), explica que a teoria da imputação objetiva demonstra claramente a diferenciação das condutas que criam um risco desaprovado de intervenção do delito daquelas outras que transitam no âmbito do risco permitido, dentro da neutralidade, revelando assim, que somente não existirá participação delitiva, sempre que, não existir uma posição de garantidor, ou seja, a posição específica para evitar o desenvolvimento do projeto delitivo.

Portanto, as esferas de neutralidade no âmbito empresarial seriam resolvidas em face da existência da posição de garantidor.

Assim, em uma estrutura de *compliance* que visa implementar as regra da lei 9.613/98, o *compliance officer* ao assumir o dever de evitar a prática de lavagem de capitais, para assumir posição de garantidor, necessariamente precisa deter poderes para impedir ou suspender atos constitutivos do delito em toda estrutura empresarial. Em caso contrario, fica comprometida a posição de garantidor, tendo em vista que o *compliance officer* não teria poder de evitação dos atos praticados pela direção da pessoa jurídica, apenas atuando em





decorrência de atos de subordinados, com as devidas comunicações a direção sobre possíveis infrações.

Por conseguinte, os deveres aqui explicitados, dentro da estrutura dos delitos de omissão imprópria, são disciplinados pela legislação brasileira no art.13, §2º do Código Penal (deveres vinculados ao impedimento do resultado) traçando os critérios formais da posição do garantidor. Assim, a doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios tem como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pese sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal (TAVARES, 2012, p.314).

No entanto, segundo Tavares (2002), os critérios formais do art.13, §2º do Código Penal, não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem é capaz de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantia, sendo necessário combiná-los com o fundamento material da figura do garantidor, distinguindo em duas linhas fundamentais de sua existência: *a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo*,

Explicando do seguinte modo Tavares (2012, p.316):

A especial posição de defesa de certos bens jurídicos pressupõe, ademais, que alguém se encontre incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos e que, assim, outra pessoa esteja disso encarregada. Já a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo pressupõe um dever de vigilância a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança.

A posição de garantidor assumida pelo *compliance officer* depende de sua capacidade executiva de evitar o resultado, exigindo, portanto, controle atual sobre a fonte produtora de perigo. A responsabilidade do *compliance officer* dependerá, todavia, das funções e deveres que tenha assumido em termos concretos (CARVALHO; KASSADA, 2016). Assim, antes de cogitar a atribuição automática de deveres de garante ao responsável pela fiscalização do cumprimento das normas, técnicas e procedimentos em determinada organização empresarial, traçados, especificamente, no programa de *criminal compliance*, é muito importante verificar a existência, de fato, da configuração material da posição de *compliance officer* na empresa e quais competências lhes são efetivamente atribuídas (GÓMEZ-ALLER, 2013).



É fundamental nesse sentido, verificar, se há capacidade de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado, no caso em destaque, o verdadeiro controle sobre as fontes produtoras de risco, que gera responsabilidade penal por ingerência (art.13, §2º, c). A responsabilidade por ingerência caracteriza-se pelo domínio das fontes produtoras de risco estáticas e dinâmicas, especificando Tavares (2012), tratar-se a ingerência, verdadeiramente pelo controle das fontes dinâmicas, tendo por base um comportamento anterior e não simplesmente um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável.

Evidentemente que, o *compliance officer* deve possuir controle, mais que isso, interferência causal entre o resultado delitivo e a fonte produtora de risco que o gerou, para se posicionar como garantidor. Em face da ingerência, Schünemann (2003 apud TAVARES, 2012), em posicionamento crítico, afirma ser uma impropriedade a relação entre ação precedente e risco dá lugar a um domínio potencial e não real sobre o evento, de modo a conduzir à caracterização de um dolo sem vontade de domínio.

Nesse sentido, explica detalhadamente Tavares (2012, p.333):

Com isso, quer significar que o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e dentem o poder de evitar que as forças causais se exauram no resultado lesivo ao bem jurídico. Ainda que tal enunciado tenha um sentido limitador, em comparação com a formula genérica do Código Penal, está a despertar outra formula de responsabilidade objetiva, porque pode caracterizar como ingerente qualquer um que detenha esse poder. Sem os corretivos necessários, pode-se fazer o ingerente responsável por um evento que só, indiretamente, lhe poderia se atribuído ou fazer decorrer sua responsabilidade de um simples movimento corpóreo. Como meio de impedir que se aplique, desse modo, a responsabilidade penal, será indispensável agregar a essa relação de domínio entre o autor precedente e seus desdobramento subsequentes outros pressupostos restritivos da imputação do fato ao sujeito.

Assim, não é suficiente que o *compliance officer* possui responsabilidade penal pela prática de delitos, caso ocorra falha em seu dever para com o *criminal compliance* por conta dos encargos assumidos no cumprimento do mesmo. É importante, para caracterizar a condição de garantidor assumida pelo *compliance officer*, derivada dos administradores, que tenha efetivo conteúdo material, uma especial posição que assume frente a responsabilidades pelo controle das fontes produtoras de perigo.

Schünemann (2013), tratando da posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios, traçando fundamentos e os limites aos delitos de omissão imprópria, desenvolve tese em face do chamado princípio do domínio sobre os fundamentos do resultado com estrutura fundamental comum entre a comissão e omissão imprópria, encontrando uma



equiparação material das condutas ativas com a omissiva. Nesse sentido, o garantidor possui domínio sobre o acontecimento que conduz a lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação.

Nas estruturas empresárias o *compliance officer* como afirmado acima, por delegação assume a posição do empresário, devendo para figurar como garantidor além de poder controlar as causas do resultado, deve possuir domínio da fonte produtora de perigo (SCHÜNEMANN, 2013). Sánches (2013) aponta ainda, também baseada no dever de vigilância, que o empresário deve controlar os perigos que derivam de sua esfera de competência organizacional, o que pode ser atribuível ao *compliance officer*.

É importante, ainda ressaltar, que na estrutura dos crimes omissivos impróprios, para atribuição de responsabilidade penal, não basta um simples descumprimento de um dever de agir, o simples fato de um omitente ter deixado de cumprir seu dever de agir para evitar o resultado não significa que haverá de responder pelo advento desse mesmo resultado, como se houvesse uma responsabilidade objetiva. É imprescindível que além da existência do tipo objetivo, caracterizado pela ocorrência do resultado, omissão, dever de agir, capacidade e possibilidade para evitar o resultado, é exigido também, para a configuração da tipicidade, a ocorrência do elemento subjetivo (PASCHOAL, 2011).

Os crimes omissivos impróprios são constituídos também pelo tipo subjetivo, que é o dolo e a imprudência. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o dolo nesse caso não precisa ser constituído de consciência e de vontade, bastando o conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade e agir, mais o conhecimento da posição de garantidor (SANTOS 2006).

O elemento subjetivo do tipo de lavagem de capitais é essencialmente o dolo direto. No entanto, a complexidade em face do grau de consciência exigido sobre a procedência de ativos, provoca verdadeira celeuma quanto à existência de dolo eventual, nos casos em que há desconfiança da origem ilícita. Portanto, vem sendo aceito que a tipicidade subjetiva da lavagem de dinheiro na forma do *caput* do artigo 1º é limitada ao *dolo direto*, sendo o *dolo eventual* admissível apenas nos casos descritos no parágrafo 2º, inciso I da Lei.

Nesse ambiente, ganha força a chamada teoria da cegueira deliberada, caracterizada pelo fato do agente se colocar em uma situação de ignorância em face das circunstâncias que possam demonstrar a ilicitude da origem dos ativos, permitindo assim, a imputação da



lavagem de capitais. Seria o caso em que o *compliance officer* conscientemente deixa de implementar no programa de integridade de sua responsabilidade, mecanismos necessários ao recebimento de informações de operações suspeitas de lavagem de capitais, criando conscientemente um mecanismo que veda a chegada ao seu conhecimento de qualquer dúvida sobre a licitude dos bens.

No entanto, a doutrina da cegueira deliberada exige os Tribunais de destacar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizariam a condenação por dolo eventual (BLANCO CORDEIRO, 2012, p.691). Perceber, por conseguinte, que a teoria da cegueira deliberada permite ampliação do conceito de dolo eventual, o que é extremante problemático, pois nem toda situação de ignorância deliberada implica, necessariamente, em dolo eventual (SILVEIRA, 2012).

Portanto, nos crimes omissivos impróprios, o nexo de causalidade somente se completa quando há resultado, uma omissão, um garantidor com capacidade e possibilidade de ação, bem como quando a ação omitida certamente evitaria o resultado, tendo o omitente agido com dolo ou culpa (PASCHOAL, 2011, p.199).

Os crimes omissivos impróprios precisam ser interpretados restritivamente, sendo necessária para sua caracterização que o descumprimento de um dever de agir tenha provocado o resultado, ou seja, que a ocorrência do fato típico seja um evento decorrente da omissão, melhor explicando, inexistindo a omissão o fato efetivamente não teria ocorrido. Bem como, o agente omitente, tendo conhecimento de seu dever e capacidade de evitação, se omite dolosamente, permitindo que o fato típico se concretize.

### **3 A IMPUTAÇÃO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA ESTRUTURA DOGMÁTICA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA AO COMPLIANCE OFFICER**

Com anteriormente referido, o *criminal compliance* surge no Brasil através das manifestações da Resolução 2.554, de 1998 do Conselho Monetário Nacional e na Lei de Lavagem de Dinheiro, (Lei 9.613/98), em face das diretrizes internacionais de controle de atividade financeira, prevenção e a evitação de delitos. O sistema de repressão à lavagem de capitais, denominado por Brandão (2002) de sistema comunitário de prevenção ao branqueamento de capitais, é o conjunto de normas jurídicas elaboradas a partir de



convenções internacionais incorporadas pela legislação nacional, que foram impulsionadas pela necessidade de construir um sistema de combate à reciclagem de capitais, criando assim, deveres de vigilância das atividades financeiras.

Nesse contexto, surgiu a necessidade de desenvolver um sistema de prevenção à reciclagem de capitais onde foram agregados diversos setores profissionais para auxiliar no rastreamento da origem do capital ilícito inserido na economia formal. A reciclagem de capitais se concretiza através de meios dissimulatórios, como muito bem define Villarejo (1999, p. 05) é “o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro”.

Assevera Iniesta (1996, p.21), a respeito da lavagem de dinheiro o segmmuinte:

que a lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem ilícita é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financirolegais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita, portanto, a prevenção a esse tipo de delito, necessita do rastreamento dos passos percorrido pelo capital ilícito ate sua introdução da economia.

Diante disso, a legislação brasileira, absorvendo o movimento internacional de combate à lavagem, desenvolveu um sistema preventivo em que gerou uma série de obrigações e deveres, como a identificação e informação de toda operação financeira suspeita e atípica. Essas obrigações foram destinadas a agentes externos ao sistema de investigação, a outros setores para o aprimoramento da regulação, trazendo para persecução criminal a atuação de agentes financeiros. Especificando que determinadas pessoas (físicas e jurídicas) possui obrigação de identificar seus clientes e a manter registros dos mesmos, e por outro lado, comunicar certas operações financeiras, tudo com o objetivo de evitar o crime, o que denota uma noção de *criminal compliance* (SILVEIRA; DINZ, 2015).

Nesse sentido, a instituição de programas de integridade com fundamento nas obrigações e deveres de identificação e comunicação de operações financeiras suspeitas normatizadas na legislação brasileira (art. 11 da Lei 9.613/98), em que pese à previsão expressa de sanções administrativas no caso de descumprimento, impõe uma análise das implicações jurídicas decorrentes de sua inobservância no campo da imputação da responsabilidade penal, com a colocação da infração de dever. Isso quer dizer que, firmado o



*compliance program*, qualquer comportamento dos *stakeholders* passa a receber a orientação do *risk-based approach*, nenhuma ação pode mais negligenciar os deveres de cuidado necessário no investimento (SILVEIRA; DINZ, 2015).

No entanto, ainda que a lei de lavagem institua um dever de *compliance* para as pessoas sujeitas aos mecanismos de controle, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificação de atividades suspeitas (BADARÓ; BOTTINI, 2012). O descumprimento das regras existentes no art. 10 (identificação de cliente e registro de operações) e no art. 11 (comunicação de operações financeira) ambos da lei de lavagem de capitais, não atrai o dever de garantidor, uma vez inexistir qualquer referencia expressa à evitação de atos de lavagem de dinheiro.

O crime de lavagem de capitais, em todas as suas modalidades previstas na legislação brasileira são comissivas, exige um agir positivo do agente, não sendo possível a prática na forma de omissão própria. No entanto, os crimes ativos de resultado podem ser praticados por omissão imprópria, nos termos do art. 13, §2º do CP, bastando para isso que o agente tenha o dever de impedir o resultado, figurando como garantidor, possuindo capacidade de fazê-lo e não evite sua ocorrência (BITENCOURT, 2011, p.281).

Existe em face dos delitos de lavagem de capitais, no que se refere à responsabilização dos dirigentes de empresas, em especial aos dirigentes de instituições financeiras, uma banalização da atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria, bem como da análise da existência do dolo. Nesse sentido, Badaró e Bottini (2012) são categóricos, afirmando ainda a existência de uma indevida presunção de um dever de garantia, utilizado como instrumento de superação das dificuldades probatórias da participação efetiva e ativa dos dirigentes em atos de lavagem.

Na estrutura do delito omissivo improprio desenhado pelo art. 13, §2º do Código Penal brasileiro, a figura do garantidor, aquele que deve e pode agir para evitar o resultado, nos casos em que o agente se enquadra a uma das figuras disciplinadas nas alíneas do parágrafo segundo: *a)* por lei tem 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. Sendo assim, não se pode subsumir que o descumprimento das regras administrativas de auxílio a prevenção da lavagem de capitais,



permita a imputação por omissão imprópria, uma vez que também é necessário observar a capacidade de impedimento e a existência de atribuição de controle.

É necessário, portanto, que os programas de integridades objetivados a evitação de práticas de lavagem de capitais, precisam estabelecer claramente os deveres para além dos instituídos na Lei 9.613/98, estruturando sistemas de *criminal compliance* com regras de responsabilidade expressas e claras.

Como já se observou, não existe na legislação brasileiro um regramento explícito estabelecendo regras concretas para o *compliance officer*, instituindo suas funções e responsabilidades, inviabilizando verificar-se, como regra geral, a configuração de sua posição de garantidor. Sendo assim, sua responsabilidade por omissão imprópria decorrerá da existência de funções de cumprimento, integrantes do dever de controle e evitação de atos constitutivos da reciclagem de capitais, que compete ao empresário, transmitidas por delegação na efetivação do *criminal compliance*.

Portanto, caso o *compliance officer*, na estrutura da empresa, não tenha poderes de administração ou, ao menos, de veto de ações da administração, não se poderá dizer que tem ele, de fato, possui possibilidade de agir para evitar o resultado (COSTA; ARAUJO, 2015), não existindo a posição de garantidor, inviabilizando a imputação de lavagem de dinheiro por omissão imprópria. Nesse sentido, é imprescindível que o *compliance officer* tenha capacidade de administração, especificamente, o poder de decisão e veto, ou suspensão das ações dos administradores da pessoa jurídica.

Nas estruturas de um *criminal compliance* objetivados para a prevenção de atos de lavagem de capitais, para além das obrigações correlatas (art. 10 e 11 da Lei 9.613/98), o controle e evitação de atos de lavagem exigem mecanismos, que permitam o agir do *compliance officer* para sua evitação, atuar concretamente nas fases de colocação de bens ou valores na economia (ocultação) ou, no momento da mascaração da sua origem através de processos fraudulentos (dissimulação). Ressaltando-se mais uma vez, que eventual omissão em face das obrigações disciplinadas pelos art. 10 e 11 da lei de lavagem, caracterizam-se infração administrativa, uma vez que não ficou ali instituído o dever de evitar o delito, mas tão somente, a criação de estrutura de armazenamento e informação de dados.

Por outro lado, a lavagem como já conceituada, caracteriza-se pela ocultação e dissimulação da origem ilícita dos capitais, e realizada pro três fases distintas: inicia-se pela colocação de bens ou valores na economia (ocultação), seguiu-se com a mascaração da sua



origem através de processos fraudulentos (dissimulação) e, por fim, concretiza-se com a integração junto à economia daqueles bens ou valores fruto de um ilícito.

Sendo assim, a posição de garantidor para evitar resultado típico de lavagem, exige efetivo controle (pode agir) em umas das duas fases constitutivas do delito, tanto na fase de ocultação quanto da dissimulação da origem ilícita do capital. Razão pela qual, as obrigações correlatas (art. 10 e 11 da Lei 9.613/98), não revelariam uma posição de garantidor de seus obrigados, pois não se relacionam aos elementos objetivos do tipo, a ocultação e dissimulação.

Não é demais destacar, que o tipo objetivo da lavagem de capitais utiliza-se de dois verbos, *ocultar* e *dissimular*, tratado por parte da doutrina como delito de ação múltipla, o que não é aceito por Cezar Roberto Bitencourt, que defende que ambos os verbos, a rigor, são empregados como um significado análogo, para descrever o comportamento criminoso de quem mascara a realidade para dar uma aparência distinta do produto de uma infração penal (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015). Portanto, o âmbito de proteção típica engloba a conduta do agente que visa distanciar o capital de sua fonte geradora, o ilícito penal, para que ganhe uma aparência de obtenção lícita.

Nesse contexto, para o efetivo cumprimento do programa de integridade, é necessário mecanismos de controle que possam intervir diretamente na ação típica, quebrando o nexo causal entre a alteração do estado do objeto da lavagem e as práticas de ocultação e dissimulação. Assim sendo, o *compliance officer*, necessariamente precisa exercer controle sobre as fontes geradoras de risco, caracterizadas pela ocultação e dissimulação, sendo insuficiente o simples dever de informação, para que possa assumir a posição de garantidor com dever de evitar o resultado delitivo.

É importante pontuar, conforme Prittwitz (2013), ser necessário à existência de um comportamento doloso, cujo dolo se pode provar, sendo que o *compliance officer* somente poderá ser punido se deixar de cumprir seu dever de evitação do resultado, no momento em que o fato é realizado. Assim, evidenciando a necessidade de que o dever de agir, possa efetivamente influenciar no curso causal da ação de ocultação e dissimulação da origem ilícita de capitais, demonstrando ainda, a existência de controle sobre o fato objeto da lei de lavagem.

A responsabilidade do *compliance officer*, a primeira vista parece incontestável, entretanto, uma análise mais aprofundada, traz verdadeiros questionamentos sobre sua





responsabilização por omissão imprópria. Portanto, o *compliance officer* não é um garante de proteção, mas de vigilância, necessitando de outros pressupostos de punibilidade, a exemplo do dever de evitação do fato, sendo necessário controle sobre o fato, pois possui dever de informar e não o de tomar medidas para evitar (PRITTWITZ, 2013).

No entanto, é possível a existência de dever de evitação de atos de lavagem de capitais ao *compliance officer*, sendo imprescindível para tanto, o controle sobre as fontes produtoras de riscos, sendo plenamente possível sua intervenção para evitar a consumação delitiva. Portanto, na formação do *criminal compliance*, deve estar perfeitamente estabelecidos os poderes de ação do *compliance officer*, permitindo-o atura com capacidade de agir para evitar o resultado.

É preciso cuidado com a imputação de lavagem de capitais por omissão imprópria, para que não seja aplicada uma responsabilidade penal objetiva, punindo terceiro desinteressado em fato típico alheio. A imputação por omissão imprópria cresce de forma galopante, promovendo um expansionismo penal, sem que seja necessária a criação de novos tipos penais, golpeando frontalmente o princípio da legalidade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de traçar algumas considerações, é importante destacar que o presente trabalho buscou fazer uma análise ainda bastante preliminar de uma realidade que se aproxima com a entrada em vigor da lei anticorrupção e o aperfeiçoamento da lei de lavagem de capitais, na construção de programas de integridade. Trata-se muito mais de um convite a reflexão e ao debate as novas formas de controle da criminalidade do que a fixação de conclusões absolutas.

1. As regras de imputação devem possuir limites claros e exatos em um Estado de Direito, sendo as regras de atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria um grande desafio para novo paradigma da dogmática penal. O uso indiscriminado, sem controles rígidos na avaliação da posição de garantia, da ocorrência de uma omissão que permite a realização do resultado e do elemento subjetivo, vulnera o princípio da legalidade.

2. A ideia de criação de programas de integridade no âmbito do setor privado para controle de ações delitivas é louvável, permitindo a construção de uma sociedade equilibrada e justa. Por conseguinte, não é possível admitir, que o surgimento do *criminal compliance* abra uma porta para a expansão do direito penal, gerando insegurança nas relações socioeconômicas.

3. Os delitos omissivos impróprios necessitam de interpretação restritiva, visto que a regra é a punição de ações delitivas, o que verdadeiramente interessa é impedir que o agente pratique a lavagem de dinheiro, não a punição de terceiros que atue na engrenagem empresarial fomentando desenvolvimento.

4. O *compliance officer*, para que possa figurar como garantidor na efetivação dos programas de *criminal compliance* de combate à lavagem de capitais, necessita de um efetivo controle das ações empresariais, possuindo o dever de controlar/evitar ação possivelmente delitivas. A responsabilidade por omissão imprópria por lavagem de capitais, somente ocorrerá, se concretamente houver omissão, resultado, sendo garantidor com capacidade e possibilidade de agir e a certeza de que a ação teria evitado o resultado, existindo ainda, o elemento subjetivo, que é dolo direto.



## REFERÊNCIAS

APARICIO, Nestor. **Ideas sobre la defensa penal de la persona jurídica**. Disponível em: < <http://www.controlcapital.net/noticia/3745/compliance/ideas-sobre-la-defensa-penal-de-la-persona-juridica.html>>. Acesso em: 24 set. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com alteração da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BECK, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011(2ª edição).

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del compliance officer**. IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid:Marcial Pons, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Vol. I, 16ª edição. São Paulo:Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliviera. **Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual**. Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra:Arazandi, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **“O que é compliance no âmbito do Direito Penal?”** Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance](http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance)>. Acesso em: 24 abr. 16.

BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de Capitais: O sistema comunitário de prevenção**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Mariana Pinhão Coelho Araújo. *Compliance e julgamento da AP n.470*. **Direito penal e processual penal: leis penais especiais**. São Paulo: RT, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Autoría y Participación en Organizaciones Complejas**. In: Bacigalupo Saggese, Silvina et. al. *Gobierno Corporativo y Derecho Penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.



GLOECKNER, 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.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de Gatante del *compliance officer* por infracción del “deber de Control”**: uma aproximação tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo. MATÍN, Adán Nieto. El derecho penal econômico em la era compliance. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013.

INIESTA. Diego J. Gomes. **El delito de blanqueo de capitales em derecho español**. Barcelona: Cedecs, 1996.

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

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo, Saraiva, 2014

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016.

PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (em especial, posición de garante) de lós *compliance officer***. IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Compliance y teoria del derecho penal. Madrid:Marcial Pons,2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Jesús-María Silva. **Deberes de vigilância y compliance empresarial**. IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Compliance y teoria del derecho penal. Madrid:Marcial Pons,2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernad. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação: Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. In: William Terra de Oliveira et al (Orgs.). Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Libers Ars, 2013. p. 349-71. p. 351.

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, a. 15, v. 16, p. 293-336, abr./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. DINIZ, Eduardo Saad . **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo:Saraiva, 2015.





SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Trachesi. **A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro. Direito penal e processual penal: leis penais especiais.** São Paulo: RT, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016.

SOUTO; Abel M. *El Blanqueo de dinero en la normativa internacional.* Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal Compliance e as novas feições do direito penal econômico. Direito penal e processual penal: leis penais especiais.* São Paulo: RT, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

VILLAREJO; Julio Nieves Díaz Maroto Y. *El blanqueo de capitales em El derecho español.* Dykinson, 1999.