

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ANDREZA DE OLIVEIRA SANTOS PRESTES**

RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA
A figura do *Compliance Officer* como garantidor no delito de Lavagem de Capitais

**Juiz de Fora
2018**

ANDREZA DE OLIVEIRA SANTOS PRESTES

RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

A figura do Compliance Officer como garantidor no delito de Lavagem de Capitais

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANDREZA DE OLIVEIRA SANTOS PRESTES

RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

A figura do Compliance Officer como garantidor no delito de Lavagem de Capitais

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Caroline Pinheiro da Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Meu Deus, fonte de todo o meu conhecimento e força, agradeço a Ti por mais uma etapa vencida. Após percorrer todos os períodos da Faculdade de Direito e alcançar a aprovação na OAB, hoje apresento meu Trabalho de Conclusão de Curso. É chegado o fim dessa fase maravilhosa da minha vida e eu agradeço ao Senhor, por permitir que eu chegue até aqui. Durante todos os anos que passei na UFJF tive oportunidade de conhecer professores, amigos e funcionários incríveis. Agradeço a cada um deles por ter feito parte da minha trajetória e por me ajudarem a ser uma pessoa melhor. Primeiramente agradeço ao Leandro, excelente professor e meu orientador, quem me ajudou e teve paciência com os meus percalços. Agradeço as minhas amigas, Anna Clara, Bruna, Marcela, Mirella, Tainara e Vanessa e ao meu amigo Rodrigo por estarem comigo durante toda essa jornada tornando-a mais leve, bonita e prazerosa. Agradeço em especial aos professores Cleverson, Mônica, Márcio, Cristiano, Luciana Tasse, Bete, Raquel e Clarissa, que com suas visões críticas e didática maravilhosa, contribuíram para a minha formação acadêmica. A batalha até aqui foi árdua, mas com o apoio dos que amo ao meu lado, qualquer caminhada se torna possível. Obrigada minha querida avó Miriam, a senhora é a minha base e sempre esteve presente em todos os momentos que eu precisei e que quando eu pensei que todas as dificuldades que enfrentei fariam com que eu não conseguisse a vitória, a senhora estava lá e não me deixou cair. Obrigada meu amor Vitor, que nunca me deixou desistir, sempre despertou o melhor em mim e que me lembra todos os dias da minha capacidade de alcançar meus objetivos. Caminhar ao seu lado torna a vida mais fácil, amor. Obrigada minha avó Zezé, porque sempre que eu penso em desistir ou reclamo de algo eu lembro de tudo que a senhora passou e então qualquer dificuldade some, afinal, a senhora é a mulher mais forte que eu conheço. Agradeço também aos meus tios e tias, por toda a força e estímulo durante a faculdade. Obrigada mãe e pai, pois, apesar de tudo, sei que vocês me amam e estarão presentes nas minhas vitórias e também nos momentos difíceis para me apoiarem. Que eu possa continuar tendo o prazer da companhia e da torcida de todos vocês nos próximos desafios. Agradeço, de coração, a todos que de alguma força me ajudaram ou torceram por mim. A vocês o meu muito obrigada.

RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

A figura do *Compliance Officer* como garantidor no delito de Lavagem de Capitais

Andreza de Oliveira Santos Prestes¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria, tendo em vista suas funções na implantação e no cumprimento dos programas de prevenção à Lavagem de Capitais nas relações empresariais. O trabalho partirá do contexto da sociedade de risco, momento em que, com a expansão do Direito Penal, surgiram novas modalidades de delitos econômicos e a conseqüente necessidade de uniformização da legislação penal para combatê-los. Com os novos riscos e a incerteza dos seus danos, demonstra-se que a tendência expansionista de punir tais crimes vem atrelada à criação de condutas omissivas, sobretudo impróprias, o que afeta a figura do garantidor, seu papel, responsabilidade e limites de atuação.

Palavras-chave: Sociedade do Risco. Omissão Imprópria. Lavagem de Capitais. *Compliance Officer*. Garantidor.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the criminal responsibility of the compliance officer for improper omission, with a view to their functions in the implementation and compliance with the programs of prevention of money laundering in business relations. The work will start from the context of the risk society, at which time, with the expansion of Criminal Law, new modalities of economic crimes emerged and the consequent need to standardize criminal legislation to combat them. With the new risks and the uncertainty of their damages, it is shown that the expansionist tendency to punish such crimes is linked to the creation of omissive, especially improper conduct, which affects the guarantor's role, his role, responsibility and limits of performance.

Keywords: Risk Society. Inappropriate omission. Money Laundering. Compliance Officer. Guarantor.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: p7andreza@gmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Sociedade de Risco e a Expansão do Direito Penal. 2.1 Conceitos e Contexto histórico 2.2 O surgimento do Direito Penal Econômico 2.3 Crescimento da criminalidade, em especial do crime de lavagem de capitais 3. A Omissão Imprópria. 3.1 Definições 3.2 Poder agir e dever de ação 3.3 Causalidade Normativa 4. O *Compliance Officer* como garantidor. 4.1 O *Compliance Officer* nos programas de *criminal compliance*. 4.2 O *Compliance Officer* na estrutura dos delitos de omissão imprópria: requisitos para a responsabilidade penal. 4.3 A omissão imprópria no contexto da Ação Penal nº 470/STF. 4.4 A responsabilidade penal por omissão imprópria do *Compliance Officer* na lavagem de capitais. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal Clássico, conhecido como ramo que tutela os bens jurídicos individuais mais relevantes para a sociedade, com o passar dos anos demonstrou não ser mais suficiente, pois, com o advento da sociedade de risco e da consequente expansão do Direito Penal, houve a necessidade de se tutelar os chamados bens jurídicos supraindividuais, os quais são importantes para a coletividade.

Surge, então, o Direito Penal Econômico e a necessidade de uniformizar a legislação penal para combater a criminalidade econômica, fato que demonstra uma grande intervenção do Estado no setor empresarial, por meio da criação de programas de integridade.

Nesse contexto, novos bens jurídicos se tornaram relevantes para a sociedade, evidenciando um expansionismo penal. A responsabilidade penal por omissão revela-se como uma forte característica dessa expansão.

A incessante busca pela segurança em face da sociedade de risco, provoca a flexibilização das garantias nas regras de imputação, a qual demonstra-se clara na criação de tipos penais de omissão imprópria, delitos em que se faz presente a figura do garantidor como sujeito que possui o dever de evitar a ocorrência do resultado. Verifica-se, assim, uma forma de antecipação da tutela penal.

O objetivo principal do presente trabalho é tecer uma análise sobre a responsabilidade penal por omissão imprópria da figura do *compliance officer* no âmbito dos programas de integridade criados para prevenir a ocorrência de delitos no interior das empresas, denominados *criminal compliance*.

Será analisada a estrutura dos crimes omissivos impróprios no contexto das relações empresariais, buscando traçar parâmetros para a responsabilização penal do *compliance officer* no caso de ocorrência do crime de lavagem de capitais, evitando-se a responsabilidade penal objetiva.

Ao final, objetiva-se demonstrar que para a responsabilização desse profissional por omissão imprópria pelo crime de lavagem de dinheiro é necessário vislumbrar alguns preceitos e limitações, de modo que só se revela plausível tal responsabilidade se seguidos os parâmetros objetivos e subjetivos que serão analisados no decorrer do estudo.

2. A SOCIEDADE DE RISCO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal² é o ramo do direito responsável pela proteção dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, como a vida, a honra e a administração pública.

O caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal sempre foi uma tradição no Brasil, de modo que, observou-se, ao longo de anos, a intervenção mínima desse ramo do Direito.

Entretanto, recentemente, o Direito Penal vem apresentando uma característica mais intervencionista, objetivando aplacar a sensação coletiva de insegurança decorrente do aumento da criminalidade e proporcionar maior tranquilidade social (CAPEZ, 2003).

Além disso, ao longo dos anos, novos bens jurídicos tornaram-se essencialmente importantes, isso porque, no contexto atual, surgem novos interesses e novos riscos, perfazendo o que se chama de expansão do Direito Penal, que traz à tona a existência de novos sub-ramos, como Direito Penal Econômico.

Essa expansão, que em muito se relaciona com a sociedade de risco, faz com que o Direito Penal perca o seu caráter de intervenção mínima, de direito fragmentário e subsidiário, transformando-se em um conjunto de regras atuantes primária e secundariamente sob a justificativa de trazer mais segurança para os cidadãos. Essa forma de atuação do Direito Penal perfaz uma verdadeira antecipação da tutela penal.

2.1 Conceitos e Contexto Histórico

A sociedade atual é entendida como sociedade do risco³. Tal sociedade é caracterizada por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem precedentes na história, o qual incrementou o estado de bem-estar individual, mas contribuiu para o aumento da criminalidade não tradicional, como a criminalidade econômica, o crime organizado e os delitos associados aos meios informáticos e à internet (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Nesse contexto, é notório que as pessoas buscam cada vez mais o crescimento e o desenvolvimento econômico, por meio da exploração de novas tecnologias, como a energia

² O termo Direito Penal nesse contexto refere-se ao poder punitivo estatal, ou seja, ao *jus puniendi*, ao Estado Penal.

³ O termo sociedade de risco foi um modelo social desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, baseando-se na ascensão do risco em sua obra BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia nueva modernidad*. 2006.

nuclear e o avanço das pesquisas genéticas. Esses fatores, associado ao fenômeno da globalização,⁴ gera novos riscos para a vida em sociedade.

Considerando o surgimento de novos bens jurídicos e a aparição de novos riscos, tal sociedade é caracterizada pelo medo e pela insegurança, perfazendo uma tendência expansionista do Direito Penal sob o discurso da punição a qualquer custo, demonstrado pela “normatização penal irrefreada no âmbito econômico”.⁵

Nas palavras de Silva Sánchez (2002), a sociedade de hoje é marcada por um período em que “surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes”.

Sabe-se que o risco sempre esteve presente na sociedade humana, entretanto, no contexto da sociedade pós-industrial, o ser humano passa a ter o papel de sujeito ativo na criação desses riscos. Isso significa dizer que, se o homem é quem cria os riscos, em tese o Direito Penal pode reprimi-los. Nesse aspecto, destaca-se a incidência do Direito Penal como forma de coerção de condutas que apresentem um risco para a sociedade.

A tendência expansionista do Direito Penal na sociedade de risco, evidencia-se como uma antecipação da tutela penal. Esta é demonstrada pela criação de novos tipos penais de perigo abstrato, culposos e de omissão, sobretudo, omissivos impróprios. Esses últimos serão o foco da presente análise, nos quais o agente é punido por deixar de agir no caso concreto, quando podia e poderia o fazer.

A busca desenfreada pela punição dos agentes nos delitos omissivos não se revela como a melhor forma de atuação do Direito Penal, haja vista que, como ramo que deve atuar em *ultima ratio*, este deve analisar a conduta do indivíduo, o contexto fático que envolve o delito, a postura do agente, sua possibilidade e seu dever de agir, para que possa, de maneira eficiente, punir os criminosos, sem responsabilizá-lo de forma objetiva, postura que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ O termo globalização tem vários sentidos. Fala-se em globalização de empresas, de grandes marcas de mercadorias e circulação de bens e do comércio internacional, por exemplo. Alguns acentuam o aspecto multidimensional do processo. Outros assinalam ser um processo civilizacional inevitável. Há quem sublinhe o aspecto político, social e cultural ou, ainda, econômico, associado à vertente financeira. É um processo em escala mundial com a crescente interligação e interdependência entre os Estados Nacionais. CABETTE. Eduardo Luiz Santos; NAHUR. Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade Organizada e Globalização Desorganizada. 2014.

⁵ Termo utilizado por Bruna Salomão em “A Tutela Penal do Direito Econômico: bem jurídico supraindividual”

2.2 O surgimento do Direito Penal Econômico

Vê-se que com o fenômeno da globalização, exsurge a sociedade de risco e com ela criam-se novos prismas do Direito Penal sob a justificativa de conferir maior proteção aos bens jurídicos que ao longo do tempo se tornaram importantes para a coletividade.

Isso demonstra que o Direito Penal Clássico apresenta uma série de limitações no contexto da sociedade atual, revelando-se insuficiente para tutelar todos os bens jurídicos existentes. Assim, tem-se a criação do Direito Penal Econômico, ramo que surgiu como uma nova forma de regulamentação de condutas que afetam os bens jurídicos supraindividuais.

Conceitualmente, o Direito Penal Econômico é o ramo conhecido por expressões como “crime de colarinho branco” ou “crime dos engravatados” que agrupam os crimes relacionados às atividades empresariais.

Na visão de Manoel Pedro Pimentel:

“O Direito Penal Econômico é um "conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.” (PIMENTEL apud SALIBA, 2014)

O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico possui caráter supraindividual, ou seja, tutela-se um ente coletivo, isto é, o conjunto de regras a serem aplicadas no seio das atividades econômicas. A tutela jurídico-penal é voltada para o funcionamento regular da ordem econômica, do sistema financeiro, da ordem tributária, do mercado empresarial, das relações comerciais e das normas consumeristas.

Considerando que o bem jurídico é supraindividual, quando um crime econômico ocorre, verifica-se uma violação ampla e indistinta, não sendo possível apontar quais os indivíduos são prejudicados, haja vista que a conduta delituosa afeta a sociedade como um todo.

Os sujeitos ativos desse tipo de injusto normalmente são os administradores, diretores ou sócios de empresas, profissionais liberais, banqueiros, ocupantes de cargos políticos e altos funcionários públicos, ou, ainda, o indivíduo responsável pelos programas de prevenção de delitos no interior das empresas, o qual é foco da presente análise. Percebe-se que são pessoas que integram uma parcela da sociedade que comumente não é vista como criminosa, pois a percepção social desse tipo de criminalidade é diferenciada.

Os sujeitos que praticam esses delitos estão inclusos nas chamadas *cifras douradas*, categoria de crimes que usada para definir a criminalidade econômica. (VERSELE 1976 apud VIANA 2018).

No tocante à criminalidade no Brasil, faz-se uma contraposição entre a criminalidade legal e a *cifra oculta*. A criminalidade legal é aquela que aparece registrada nas estatísticas oficiais, em contrapartida, a *cifra oculta*, que se relaciona tanto com os crimes tradicionais quanto com os crimes econômicos, é aquela que não aparece nas estatísticas, ou seja, são crimes que não chegam a ser investigados (VIANA, 2018).

Quando se trata dos crimes tradicionais tem-se a chamada *cifra negra*, a qual traduz-se como sendo a diferença entre a quantidade de crimes que realmente ocorreram e o número de crimes que chegam a ser perquiridos pelas autoridades.

Já no tocante aos crimes econômicos, tem-se as chamadas *cifras douradas*, que de fato representam os delitos econômicos, como a sonegação fiscal, a gestão fraudulenta, a evasão de divisas, os crimes eleitorais, o uso de informações privilegiadas e a lavagem de capitais.

A *cifra dourada* representa a criminalidade do *colarinho branco*, que pode ser entendida como o conjunto de práticas antissociais impunes do poder político e econômico, a nível nacional e internacional, em prejuízo da coletividade e dos cidadãos.

O Direito Penal Econômico e a sociedade de risco relacionam-se pois, atualmente, os processos sociais mais complexos resultam em novas formas de criminalidade, novas ameaças à sociedade. Portanto, ressalta-se a expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais e a globalização como fontes de transformações no âmbito do Direito Penal Econômico.

Nesse contexto, diz-se que durante muito tempo, preconizou-se a persecução penal e a punição dos crimes vistos como comuns, aqueles que mais se verificam na sociedade, exercidos com violência e grave ameaça à pessoa. Entretanto, no expansionismo penal, a tendência é fazer com que o Direito Penal alcance os delitos econômicos, como é o caso da lavagem de dinheiro, delito que se aperfeiçoou ao longo dos anos e será analisado com cautela mais à frente.

Considerando a extensão dos danos dos delitos econômicos, demonstra-se que, de fato, com o passar do tempo, vem-se procurando cada vez mais responsabilizar os agentes causadores, para passar à sociedade uma sensação de segurança e eficácia do poder punitivo do Estado.

Esta característica punitivista demonstra-se exagerada pois, na busca pela responsabilização dos crimes do “colarinho branco”, tem-se percebido a criação de novos tipos penais meramente formais, sem que seja feita uma análise pormenorizada da conduta do agente e da sua responsabilidade penal.

Dessa forma, a união dos fatores *surgimento da sociedade de risco, sentimento de insegurança e sensação de inefetividade do Direito Penal* culminou na inflação da legislação penal especial no tocante aos crimes econômicos, às custas das garantias fundamentais.

Sabe-se que a própria Constituição Federal prevê a proteção contra o abuso do poder econômico e o aumento arbitrário dos lucros.⁶ Ocorre que, de forma exacerbada, o legislador infraconstitucional criou vários tipos penais que, de sobremaneira, buscam punir a criminalidade econômica, desrespeitando a interferência em *ultima ratio* que deve ser feita pelo Direito Penal.

Vê-se que após a promulgação da Constituição Federal em 1988, o legislador brasileiro formulou várias leis, trazendo novos tipos penais, como as Leis nº 8.078/90, 8.137/90, nº 8.429/92, nº 8.884/94, nº 9.613/98, nº 12.529/11, criminalizando condutas até então não previstas.

Assim, o Direito Penal Econômico demonstra-se hoje como um emaranhado de leis esparsas que tratam de assuntos variados, formuladas de acordo com a conveniência da época de sua criação, sendo uma verdadeira “colcha de retalhos” (COSTA, 2006 apud MASI 2016).

Ocorre que essa postura do legislador não preserva a intervenção mínima do Direito Penal, mas, na verdade, aumenta a sua incidência criando tipos penais para alcançar bens supraindividuais, antecipando a tutela penal.

O alcance do Direito Penal tem sido tamanho que, na visão de alguns autores, essa intervenção tem caráter meramente simbólico, na medida em que se pune condutas de omissão imprópria sem observar se, de fato, existem as prerrogativas mínimas para essa punição, quais seja, a capacidade de agir, o dever de agir e a posição de garantia frente ao bem jurídico tutelado. É o que ocorre no contexto das relações empresariais quando se busca punir o *compliance officer* por omissão no delito de lavagem de capitais.

Denota-se que a atual interferência penal no campo econômico coloca em cheque o princípio da intervenção mínima, em que o Direito Penal só deve ser usado quando se revela

⁶ Artigo 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

extremamente necessário, tendo em vista casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado.

É esse princípio que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima quando constitui meio necessário para proteção de bens jurídicos fundamentais (fragmentariedade) em *ultima ratio* (subsidiariedade).

Desse modo, criar tipos penais meramente formais, sem observar a realidade fática, demonstra-se como uma antecipação da tutela penal, que traz consigo a flexibilização das regras de imputação (SILVA SÁNCHEZ, 2002), contrariando os preceitos do Estado Democrático de Direito.

2.3 Crescimento da criminalidade, em especial do crime de lavagem de capitais

No contexto da globalização também houve o crescimento dos delitos econômicos, principalmente da lavagem de capitais. Nessa atual conjuntura da sociedade de risco e da conseqüente expansão do Direito Penal, a necessidade de se tutelar bens jurídicos supraindividuais provocou uma uniformização da resposta estatal através do Direito Penal como forma de reprimir os crimes econômicos (CARDOSO, 2016).

Assim, inserem-se no interior das empresas, os chamados programas de integralidade, também chamados de *criminal compliance*, estimulados para promover a prevenção de condutas delitivas no setor privado.

Entretanto, o que se revela problemático é a busca pela punição do profissional responsável pela implementação e fiscalização desses programas, pois a legislação brasileira é omissa em definir tal responsabilidade, cabendo aos próprios programas trazer de forma clara e precisa a posição do *compliance officer*, seus limites de atuação, funções e responsabilidades.

Nessa toada, considerando o surgimento do Direito Penal Econômico e o crescimento de tipos penais, revela-se necessária uma análise sobre a estrutura dogmática dos delitos de omissão imprópria e, posteriormente, da figura do *compliance officer* nos programas de prevenção à lavagem de dinheiro.

3. A OMISSÃO IMPRÓPRIA:

Sabe-se que em Direito Penal, a conduta humana ao cometer um crime pode se dar por meio de uma ação ou de uma omissão. Nesse último, pune-se o agente por não realizar uma ação determinada e não evitar a ocorrência do resultado danoso.

3.1 Definições

Conceitualmente, os crimes comissivos são aqueles que exigem do agente uma conduta positiva, uma atividade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002). Embora uma análise profunda dos delitos comissivos não seja necessária para o desenvolver do presente raciocínio, faz-se cabível destacar que existe um ponto comum entre a ação e a omissão, qual seja, a *capacidade*⁷ de ação final. Só é possível que o agente se omita de algo que ele pudesse realizar.

Em contrapartida, os crimes omissivos são descritos como uma conduta negativa, ou seja, não fazer o que a lei determina. São delitos cometidos mediante uma postura de omissão do agente, ou seja, uma inação (BARROS, 2013). Os delitos de omissão são divididos em omissivos próprios e impróprios.

O crime omissivo próprio, também chamado de omissivo puro, ocorre pelo descumprimento da norma imperativa a qual determina a atuação do agente. Nesse aspecto, é possível perceber que existe um dever genérico de agir que não é observado pelo indivíduo a quem se destina a norma. Esse dever de agir é dirigido a todos de forma indistinta.

A omissão própria vem descrita no tipo penal incriminador e, para a sua configuração, basta que o agente desobedeça ao que prevê a norma. É o que ocorre com o delito de Omissão de Socorro, previsto no artigo 135, do Código Penal.⁸

Por outro lado, no crime omissivo impróprio, também chamado de omissivo impuro ou comissivo por omissão, não basta a simples abstenção de comportamento. Adota-se aqui a teoria da causalidade normativa, em que a conduta de não fazer o que está mandando o tipo penal será considerada como uma omissão penalmente relevante. Entretanto, a

⁷ Esse termo é usado por Luís Regis Prado em “Algumas notas sobre a omissão punível” como a possibilidade do agente de dirigir a sua conduta finalista.

⁸ Art. 135: Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

responsabilidade do agente só será possível quando ele possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado, ou seja, quando o omitente detém o dever jurídico de evitar a produção do evento, atuando em posição de garantia frente ao bem jurídico tutelado.

A norma mandamental dos crimes omissivos impróprios decorre de uma cláusula geral prevista no artigo 13, §2º do Código Penal, que apresenta as situações em que o agente garantidor possui o dever jurídico de impedir que o resultado ocorra.

3.2 Poder agir e dever de ação

O delito comissivo por omissão consiste na não evitação do resultado por parte do agente o qual tem o dever legal de evitá-lo. Assim, verifica-se que cada uma das alíneas do artigo 13, §2º do Código Penal revela-se como elemento do tipo penal de omissão imprópria (BIERRENBACH, 1996). Tal dispositivo trata do agente garantidor.

Para Prado (2011), no tocante à omissão nos delitos econômicos, é necessário seguir três requisitos: capacidade de agir; possibilidade de direção final da ação e conhecimento da situação típica, das formas e dos meios empregados. Ausente quaisquer desses requisitos não é possível responsabilizar o agente por omissão imprópria.

A *capacidade de agir* está ligada ao que se denomina domínio do fato. É a capacidade pessoal de realizar uma ação determinada, uma conduta omitida. Trata-se de uma condicionante tanto da ação quanto da omissão.

Na *possibilidade de direção final da ação*, por sua vez, denota-se que apenas aquele sujeito que se encontre em uma situação apropriada, detendo meios, capacidades e conhecimentos necessários para a sua atuação é que tem a possibilidade de direcionar sua conduta a um determinado fim. Assim, só se encontra obrigado quem é capaz de realizar a ação.

O *conhecimento da situação típica, das formas e dos meios empregados* também é um requisito para imputar ao agente uma conduta omissiva imprópria. Se o indivíduo não possui conhecimento dos fatos, não é possível responsabilizá-lo, nem mesmo a título de culpa.

Conforme artigo 13, §2º, Código Penal, a posição de garantia tem destaque em três situações específicas, quais sejam: quando o agente tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; quando de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o

resultado; ou quando, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Como exemplo de *agente que tem por lei obrigação específica de cuidado, proteção ou vigilância* tem-se os pais, os quais possuem dever de guarda e proteção aos filhos.

A exemplo de *agente que assume a responsabilidade de impedir o resultado*, tem-se o dever decorrente de negócios jurídicos ou de relações concretas da vida, como é o caso da babá, que através de um contrato, assume o dever de guarda da criança e por isso, deve agir para evitar qualquer ocorrência do evento. É nessa segunda hipótese que se insere o *compliance officer*, figura que será analisada no decorrer desse estudo.

Por fim, como exemplo de situação em que, *com seu comportamento anterior, o agente criou o risco da ocorrência do resultado*, tem-se o nadador profissional que convida alguém para acompanhá-lo na travessia de um rio e, em certa altura, vendo a pessoa se afogar, não a socorre (BARROS, 2003).

Demonstra-se que, em todas as hipóteses previstas no artigo 13, §2º do Código Penal, a lei pressupõe o dever de ação por parte do agente. Dessa forma, se na situação fática não era exigido do agente atuar para evitar o resultado, não há que se falar em omissão penalmente relevante.

Além do dever de agir, para a configuração do delito de omissão imprópria também é essencial que o agente detenha a possibilidade de ação no caso concreto, ou seja, é preciso que ele tenha uma real a possibilidade de cumprir o dever jurídico de agir.

Nesse contexto, é importante destacar que se o agente não podia agir para evitar a ocorrência do resultado, a caracterização do tipo penal restará prejudicada. Diz-se que nos crimes omissivos impróprios, a falta do poder de agir revela-se como uma verdadeira causa de exclusão da tipicidade (BARROS, 2003).

Assim, o poder de agir deve ser analisado como a possibilidade real de o agente atuar em prol da evitação do resultado, ou seja, como a capacidade do omitente de agir com êxito para afastar o perigo que ameaça o bem jurídico, evitando a ocorrência do resultado típico.

Dessa forma, se o agente não podia agir para evitar o evento típico, não há que se falar em delito de omissão imprópria, afastando-se a responsabilidade penal.

3.3 Causalidade Normativa

Entendidos os conceitos iniciais sobre a posição de garante, é importante analisar a relação de causalidade nos crimes que envolvem o garantidor e a extensão de sua responsabilidade criminal.

Como visto, o artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro traz a figura do garantidor, entendida como aquele agente que tem o dever jurídico de agir para impedir a ocorrência resultado. Nesse contexto, cabe ao garante um *dever especial de proteção* (BIERRENBACH, 1996).

Em linhas gerais, a relação de causalidade é o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ela gerado. Deve sempre existir nexos causal para que se possa atribuir o resultado de uma conduta típica ao agente (MIRABETE; FABRINI, 2007).

Quando se trata de crimes omissivos impróprios, diz-se que existe uma *causalidade normativa*. Ressalta-se que o evento proibido ocorre haja vista que o agente, em posição de garante, em vez de agir, queda-se inerte, o que permite a preexistência da causalidade.

Assim, causalidade normativa significa causalidade criada. Nos delitos em estudo não é necessário haver um real nexos causal entre a conduta proibida e o resultado, mas sim um nexos de evitação, uma possibilidade máxima de certeza de que a conduta, se tivesse sido praticada, evitaria a produção do resultado.

Se ao imaginar a realização da conduta omitida o resultado desaparece, é possível concluir que existe nexos de causalidade, ou seja, haverá nexos de evitação e o resultado deve ser imputado ao omitente. Entretanto, se ao imaginar a conduta realizada o resultado permanece, diz-se não haver relação de causalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

4. O COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR

Sabe-se que a responsabilidade penal por omissão é uma característica do expansionismo penal, uma vez que, a busca pela segurança em face da sociedade do risco cria uma flexibilização das garantias nas regras de imputação, fazendo surgir cada vez mais tipos penais, sobretudo de omissão imprópria, ampliando o número de agentes em posição de garantia, como é o caso da figura do *compliance officer*, no contexto dos programas de prevenção de delitos – *criminal compliance*.

4.1 O *compliance officer* nos programas de *criminal compliance*

Antes de tratar especificamente do *compliance officer* no contexto do *criminal compliance* faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do instituto do *compliance*, suas funções e formas de atuação, considerando que, atualmente, tais conceitos vêm ganhando força na área jurídica brasileira, embora não exista um consenso sobre a aplicação prática da responsabilidade criminal, haja vista a complexidade inerente às relações empresariais.

Sabe-se que no atual mercado são inúmeras as imposições regulatórias com as quais as empresas precisam se preocupar. Além disso, basta uma pequena falha para que a pessoa jurídica seja onerada com restrições legais, multas, punições judiciais e mácula em sua reputação.

Considerando tais fatores, com o objetivo de fazer com que as empresas estejam de acordo com os ditames legais é que surgiu o instituto do *compliance*. No Brasil, a Lei nº 12.846/13 utilizou a expressão “procedimentos internos de integridade” para descrever esse mecanismo de controle⁹. Conforme artigo 7º, VIII da mencionada lei, a existência desses procedimentos são levados em consideração para fins de aplicação de sanções.

A palavra origina-se do termo inglês *to comply*, que significa agir de acordo com a norma. Estar em *compliance* é estar em conformidade com as leis e os regulamentos. Os objetivos principais são assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor e aplicar sanções disciplinares diante de atos falhos ou de má-fé (BOTTINI, 2015), além de disseminar o aprimoramento de uma cultura ética nas organizações.

O conceito de *compliance* pode ser analisado sob o viés de várias áreas do Direito. No Direito Empresarial, a expressão refere-se a um conjunto de procedimentos adotados pela empresa, no intuito de buscar o cumprimento das normas legais, políticas e regulamentos estabelecidos pela companhia, com o fim de mitigar riscos e responsabilidades (PINHEIRO, 2017).

Já no âmbito do Direito Penal, os programas de integridade estão vinculados à adoção de posturas de prevenção à ocorrência de delitos no interior da empresa, pois, com o crescimento dos crimes econômicos e a necessidade de se tutelar bens jurídicos

⁹ Artigo 7º, VIII: a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

supraindividuais provocada pelo expansionismo penal, existe uma tendência de uniformização da resposta estatal, por meio de participação no setor privado.

Com a criação da legislação concorrencial, a promulgação das Leis nº 12.683/2012¹⁰ e nº 12.846/13¹¹, o julgamento da Ação Penal 470 pelo STF¹², bem como o trâmite da Operação Lava Jato, ganharam força no cenário brasileiro, os programas de integridade, chamados *criminal compliance*, que impõem um dever de conformidade e vigilância para evitar delitos econômicos, como a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Tais instrumentos surgem como forma de contenção dos riscos, gerando para as empresas um dever de colaboração na prevenção de crimes, por meio da criação de regras, padrões de conduta, procedimentos legais e éticos com a função de orientar o comportamento da pessoa jurídica.

O programa de *compliance* precisa de um profissional para implantar e fiscalizar. Esse profissional é o *compliance officer*, responsável pela supervisão e gerenciamento do *compliance* da companhia, aquele que cria e aprimora as regras, apoia a direção da empresa, realiza o treinamento dos funcionários do setor de *compliance*, identifica e controla os novos riscos, investiga e aplica, em conjunto com os administradores da empresa, as medidas disciplinares necessárias (CARDOSO, 2016).

Esse agente é o responsável pelo aconselhamento de todas as linhas de negócios da instituição (PINHEIRO, 2017). Uma das tarefas mais importante desse profissional é a de coordenação, ou seja, ele deve assegurar que, em cada risco, existam agentes que se encarregam de fazer cumprir os mecanismos específicos de prevenção (MARTÍN *et al*, 2018).

Considerando as funções exercidas por esse profissional, existe grande celeuma acerca de quem efetivamente pode ocupar a posição de *compliance officer* e de qual é a responsabilidade penal desse agente, haja vista que a legislação brasileira é omissa¹³ em prever tal responsabilização.

Via de regra, o profissional que ocupa essa posição é um agente que detenha conhecimentos jurídicos. Além disso, o perfil desse profissional exige várias características,

¹⁰ Lei que alterou a legislação sobre Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98) tornando mais eficiente a persecução penal de tais delitos.

¹¹ Lei Anticorrupção: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

¹² Ação Penal que julgou o emblemático caso “Mensalão” o qual será analisado adiante.

¹³ Diz-se que a lei brasileira é omissa pois as únicas previsões sobre o *compliance* são o artigo 24, IX do Decreto 8.420/15 que dispõe sobre a figura do “responsável pela aplicação do programa de integridade” e a Lei nº 9.613/98 com a alteração dada pela Lei nº 12. 683/12 que traz pessoas físicas ou jurídicas que prestam serviços de assessoria, conforme artigo 9º, XIV.

como capacidade de diálogo e de solução de conflitos. Tal agente deve ser escutado, valorizado e reconhecido pela organização (MARTÍN *et al*, 2018).

Questiona-se a responsabilidade penal dos agentes que atuam nessa posição como *compliance officer*, o seu limite de atuação e até que ponto ele pode ser responsabilizado por omissão imprópria por eventual lavagem de dinheiro que ocorra no interior da empresa.

Indaga-se se esse sujeito exerce a posição de garantidor face ao bem jurídico tutelado e se a responsabilidade penal é cabível. Em primeira análise pode parecer nítido que tal profissional se encontra em posição de garante, entretanto, é necessário analisar a preexistência de vários requisitos para dizer, efetivamente, se há responsabilidade do profissional.

Para tanto, conforme Martín *et al* (2018), é aconselhável que as funções se estabeleçam na forma de um regulamento, detalhando qual é o papel do *compliance officer*. Essa disposição deve ser feita em relação a cada risco penal, assinalando, por exemplo, a responsabilidade e as funções em matéria de corrupção e branqueamento de capitais.¹⁴

4.2 O *compliance officer* na estrutura dos delitos de omissão imprópria: requisitos para a responsabilidade penal

Vê-se que a responsabilidade por omissão imprópria, de fato, é uma característica da expansão do Direito Penal em face do contexto de insegurança gerado pela sociedade de risco. Esse expansionismo afeta diretamente a figura do garante dentro das estruturas empresariais, sendo necessário fixar parâmetros de responsabilidade do *compliance officer*, para que não se estenda a imputação penal para indivíduos que não são garantidores.

Sabe-se que empresa, por si só, é uma fonte produtora de riscos. Dessa forma, originariamente, os deveres de proteção e vigilância cabem ao empresário, pois é ele quem possui a função precípua de cumprir a legislação que rege a sua atividade, evitando, então, a ocorrência de ilícitos penais.

Utilizando o Direito Comparado, existem, na Alemanha, duas posições de garantia quando se trata de pessoa jurídica. Considerando que nas estruturas empresariais a responsabilidade de evitar atos lesivos cabe, em primeiro lugar aos hierarquicamente superiores, diz-se que a posição de garante dos administradores é interna, também chamada

¹⁴ Expressão utilizada para designar o delito de lavagem de dinheiro.

de garante de proteção - *Beschützergarant*. Além disso, existe uma dimensão externa, a posição de garante de controle - *Sicherungs* ou *Überwachungsgarant* (ROXIN, 2015).

Dessa forma, pode-se dizer que a posição de garante originalmente é do administrador, devendo ele agir para evitar atos ilícitos no âmbito da empresa. Entretanto, essa posição pode ser delegada, haja vista que a complexidade das relações empresariais demonstra que os administradores não possuem o controle geral e irrestrito de todas as condutas, exigindo a transferência da posição de garantia (PAULINO, 2017).

Essa delegação da posição de garante é feita para o *compliance officer*, aquele que detém a função de gerir os programas de *compliance*, garantindo o seu pleno funcionamento e eficácia. Entretanto, cumpre mencionar, que essa delegação não exonera o administrador da empresa de suas responsabilidades, incumbindo-lhe os deveres de vigilância e de supervisão do agente responsável pelo programa (CARDOSO, 2016).

Assim, a posição jurídica de garante do *compliance officer* é derivada da posição originária do administrador da empresa. O grande problema é que a legislação brasileira é omissa quanto à responsabilidade desse agente, portanto revela-se necessário estabelecer a delimitação dos poderes e a posição de garantia do *compliance officer* ao criar programas de integridade. Tais programas devem mostrar, de forma clara e precisa, se esse profissional possui poderes de administração, decisão, veto e suspensão das condutas dos administradores ou se a sua função é apenas reportar à diretoria ou ao COAF a ocorrência de atos lesivos.¹⁵

Para que o *compliance officer* assuma a posição de garantia de forma a evitar a ocorrência de delitos econômicos, como a lavagem de dinheiro, é necessário que ele detenha poderes para impedir condutas, pois, do contrário, não há que se falar em garante, pois o profissional não deterá poder de evitação dos atos praticados, atuando apenas no sentido de comunicar aos superiores a ocorrência da infração penal.

Nesse sentido, diz-se que os critérios formais do artigo 13, §2º, CP, por não trazerem todas as hipóteses de garante e, por consequência, não atender ao princípio da legalidade¹⁶,

¹⁵ O artigo 11 da Lei 9.613/98 traz que as pessoas elencadas no artigo 9º da mesma lei devem deverão comunicar ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) as condutas suspeitas. Questiona-se se o dever do *compliance officer* fica adstrito a essa comunicação quando o programa de integridade não traz as previsões necessárias sobre a responsabilidade do profissional.

¹⁶ O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado. É um imperativo que não comporta desvios e exceções. Por esse princípio, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, devendo esta lei, dispor, com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 2014. p. 51

devem ser somados ao fundamento material da figura do garantidor. (TAVARES, 2012 apud CARDOSO, 2016).

A posição de garantidor assumida pelo *compliance officer* depende da sua capacidade executiva de evitar o resultado. Exige-se, primeiramente, o controle sobre a fonte produtora de perigo, que, no caso da lavagem de capitais, é a empresa. Além disso, exige-se que o profissional tenha assumido, de forma concreta, a posição de garantia, como por exemplo, por meio de um contrato que preveja as competências do profissional.

Preenchidos esses requisitos iniciais, pode-se dizer que o *compliance officer* existe materialmente (CARDOSO, 2016), assim, entende-se que ele possui capacidade de controlar a fonte de risco e, por isso, pode ser cogitada a sua responsabilidade penal.

Porém, além da existência material e da posição de controle, é necessário que haja nexos de causalidade entre o resultado delitivo e a fonte causadora do risco (CARDOSO, 2016), para que a partir de então, o profissional tenha domínio sobre os fatos, e não uma mera possibilidade de evitação. Desse modo pode-se dizer que existe a posição de garantia.

Além dos elementos objetivos descritos acima, para que o *compliance officer* seja garantidor e possa responder por omissão imprópria, é necessário existir o elemento subjetivo¹⁷, que no caso do crime de lavagem de dinheiro, é o dolo, via de regra. Se na situação concreta o profissional não tem dolo, não cabe responsabilidade criminal.

Por fim, considerando a estrutura dogmática dos crimes omissivos impróprios, só existe nexos de causalidade e, portanto, responsabilidade penal do *compliance officer*, quando o resultado de fato ocorre, havendo omissão, por dolo do agente garantidor, com possibilidade de capacidade de agir, de modo que seja possível afirmar que a ação omitida evitaria o resultado. Ausentes quaisquer desses elementos, resta prejudicada a responsabilidade penal do agente.

4.3 – A omissão imprópria no contexto da Ação Penal nº 470/STF

No que tange à Ação Penal nº 470/STF, considerando que se trata de um caso emblemático na jurisprudência brasileira, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da responsabilidade penal do *compliance officer*.

¹⁷ Nas palavras de Bittencourt (2014), os elementos subjetivos compõem a estrutura do tipo penal e são importantes para definir a conduta típica. É através dele que se pode verificar e qualificar a atividade comportamental do agente. Somente quando é verificada a vontade e a consciência do agente é que se pode classificar sua conduta como comportamento típico.

Trata-se de Ação Penal movida pela Procuradoria Geral da República em face de quarenta réus, inicialmente, pelos crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira, organização criminosa, corrupção ativa, corrupção passiva e peculato.

O caso traz os acusados de participar de um complexo esquema de compras de votos que ficou conhecido como “Mensalão”. Nos termos da denúncia, os crimes acima listados começaram após a vitória eleitoral de 2002 pelo Partido dos Trabalhadores, que, com intuito de continuar no poder, servia ao núcleo central de uma organização criminosa em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal.

Para garantir o esquema era necessário contar com a participação de pessoas do comando das atividades do Banco Rural, como é o caso de Vinícius Saramane, *compliance officer* e vice-diretor do banco.

Saramane, em conjunto com outros réus, foi acusado de ter criado as condições necessárias para a circulação ilícita de recursos financeiros, através da lavagem de dinheiro, que permitiram a outros réus o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas.

Foi imputado a Saramane o fato de omitir do Banco Central os nomes dos beneficiários dos recursos advindos do “Mensalão”. O *compliance officer* foi condenado a uma pena de 8 anos e 9 meses e multa de R\$ 598.000,00 (quinhentos e noventa e oito mil reais). Segundo o Ministro Celso de Mello, ele agiu em coautoria nos crimes de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, decano do STF, Saramane atuou:

“Produzindo peças enganosas e procedendo a incorretas classificações de risco, tendo adotado medidas para frustrar a função fiscalizadora do Banco Central, além de haver praticado de modo consciente e voluntário outros atos que convergiram no sentido de conferir operacionalidade aos desígnios criminosos dos agentes, unidos por um propósito específico. Tudo isso permite reconhecer, a meu juízo, a sua condição de coautor do fato criminoso”

Diz-se que, nesse caso, a condenação do *compliance officer* se deu por omissão imprópria, pois Saramane ao assumir tal função atraiu para si, por delegação, os deveres de controle e vigilância.

Discute-se se tal responsabilização se deu de forma objetiva ou se, no caso concreto, havia indícios precisos para ensejar a condenação por omissão.

4.4 A responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer* na lavagem de capitais.

O artigo 1º da Lei n 9.613/98 tipifica como crime de lavagem de dinheiro as condutas de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

A expressão Lavagem de dinheiro, também conhecida como branqueamento de capitais refere-se a práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma que tais ativos aparentem ter origem lícita ou que, pelo menos, a origem ilícita seja de difícil comprovação (BLOCK, 2017).

O combate a esse tipo de crime não é algo novo na legislação brasileira. A lei de lavagem de capitais é do ano de 1998 e sempre houve a busca pela criação de marcos regulatórios para prevenir essa prática. Entretanto, com o aumento da macrocriminalidade econômica, foi necessário instituir novas regras de prevenção.

A aprovação das novas regras de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, que se deu por meio da alteração da Lei 9.613/1998 feita pela Lei 12.683/2012, levou ao aprimoramento das políticas de *compliance* e ao desenvolvimento de mecanismos específicos para obrigar as empresas a colaborar com a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro.

Como já explanado, os programas de *compliance* que emergiram no Brasil com a lei da lavagem de capitais, revelam-se como um conjunto de normas, que, dentre outras funções, servem para prevenir a ocorrência de delitos no interior da empresa. Tal instrumento volta suas atividades às possibilidades de evitar a imputabilidade penal dos administradores de empresas, atuando no dia a dia para inserir critérios gerenciais de controle, a fim de reduzir os riscos (BLOCK, 2017).

De fato, são variadas as funções dos programas de integridade. O *criminal compliance* está ligado à prevenção de delitos econômicos e, quando se trata da prevenção específica ao delito de lavagem de capitais, Bottini (2015) denomina tal mecanismo como “Programa de

Compliance em Prevenção à Lavagem de Dinheiro – *Compliance* em PLD”, cujo objetivo é garantir que a empresa tome todas as precauções necessárias para evitar o envolvimento de sua estrutura com o crime organizado e impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa.

O crescimento e o desenvolvimento dos programas de prevenção à lavagem de dinheiro e a consequente responsabilização do *compliance officer* em muito se relacionam com as alterações trazidas pela Lei nº 12.683/2012.

Dentre tais alterações tem-se: o aumento do número de instituições e profissionais obrigados a colaborar com o combate à lavagem de dinheiro, conforme artigo 9º e a expressa obrigação de instituição do *compliance*, de acordo com o artigo 10, III,¹⁸ impondo o dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos que lhes permitam atender às obrigações da lei.

Entretanto, cumpre esclarecer que, mesmo com as alterações da lei de lavagem de capitais, ainda não resta clara na legislação brasileira a responsabilidade penal do profissional responsável pelo *criminal compliance*.

Além disso, o crime de lavagem de capitais, via de regra é um delito comissivo, só podendo ser praticado por omissão se houver a figura do garantidor, sendo necessário observar se existe capacidade executiva de controle sob a fonte de perigo e de impedir o resultado danoso.

A ocorrência do crime de lavagem de dinheiro se dá por meio de três fases distintas. Primeiramente, tem-se a colocação de bens ou valores na economia, caracterizando a fase de ocultação. Após, vê-se a dissimulação desses ativos por meio de processos fraudulentos e completa-se com a integração junto a economia como se fossem lícitos.

O programa de *compliance* em PLD objetiva criar instrumentos que intervenham nas fases da ocorrência do delito para evitar o resultado. Por isso é que o *compliance officer* precisa deter controle sobre as fontes de perigo, para quebrar o nexo causal entre a alteração do estado do objeto da lavagem e as práticas de ocultação e dissimulação de ativos, evidenciando o dever de agir (CARDOSO, 2016).

¹⁸ As pessoas referidas no art. 9º: III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

Além disso, para que haja a responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria na lavagem de capitais faz-se necessário que o resultado seja previsível, que a sua evitação seja possível e que o profissional tenha dolo de não evitá-lo.

No entendimento de Bottini (2015), deve ser demonstrado que o agente tem domínio dos fatos, ou seja, tem ciência que se refere a um crime de lavagem, conhece seu dever de garante e dispõe de instrumentos para interromper o processo, veja-se:

“Em suma, para haver responsabilidade penal por omissão imprópria o agente deve (i) ter o dever expresso de garantir a não colaboração da instituição com atos de lavagem de dinheiro; (ii) deixar de cumprir as normas vigentes para seu âmbito de atuação; (iii) colaborar – com isso – com a prática efetiva de lavagem de dinheiro, e (iv) ter dolo, intenção de facilitar o delito.” (BOTTINI, 2015).

Cumprindo-se todos os requisitos mencionados e havendo previsão específica das atribuições e dos poderes do *compliance officer*, além do dever expresso de garantia, seria possível impedir uma expansão desmedida da imputação por lavagem de capitais, evitando, por consequência, a responsabilização do *compliance officer* de forma objetiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o decorrer do presente trabalho foi possível analisar como o surgimento da sociedade de risco influenciou a expansão do Direito Penal. Observou-se que o aparecimento de novos riscos veio atrelado ao aumento do sentimento de insegurança, fatores que, juntos, fizeram com que novos ramos do direito fossem criados, com o objetivo de tutelar os novos bens jurídicos.

Verificou-se o surgimento de várias leis esparsas que somadas são conhecidas como Direito Penal Econômico, campo que tem como função coibir o abuso nas relações econômicas e garantir o livre funcionamento da ordem econômica, tributária e do mercado de forma geral.

Mais que isso, viu-se que o surgimento desse novo campo também trouxe a criação de novos tipos penais de omissão imprópria, aumentando o número de agentes garantidores, sem, entretanto, analisar no caso concreto se a situação merece, de fato, a intervenção penal.

Analisou-se o instituto do *criminal compliance*, criado no interior das empresas como sistema de repressão ao delito de lavagem de capitais. Viu-se que o *compliance officer* é

responsável pela implementação e fiscalização desses programas e, por isso, atrai a responsabilidade penal por omissão imprópria, na medida em que atua em posição de garantia.

Observou-se que para que haja responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria no crime de lavagem de capitais é necessário o preenchimento de uma série de requisitos, a fim de evitar a responsabilidade penal objetiva, a saber:

- 1- Capacidade executiva de evitar o resultado, o que se dá por meio do controle sobre a fonte produtora de perigo;
- 2- Assunção da posição de garantia de forma concreta, devendo estarem expostas as suas funções e competências, demonstrando a existência material do profissional;
- 3- Nexo de causalidade entre o resultado delitivo e a fonte causadora do risco;
- 4- Ocorrência do resultado danoso;
- 5- Dolo.

Viu-se que as regras sobre a responsabilidade penal do *compliance officer* devem ser claras e objetivas, fixadas de acordo com os limites impostos Estado Democrático de Direito, afastando-se a insegurança no tocante aos delitos econômicos e impedindo o expansionismo penal por meio dos delitos de omissão imprópria.

Concluiu-se que a função do Direito Penal não deve ser a de difundir o temor aos infratores por meio da criação de delitos de omissão imprópria e da punição às custas das garantias fundamentais. As normas devem sempre ser observadas com o objetivo de evitar a responsabilização penal objetiva e a flexibilização desmedida das regras de imputação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLAH, Ariane. **Conheça o chief compliance officer.** Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Carreira/noticia/2015/09/conheca-o-chief-compliance-officer.html>>. Acesso em 18/09/18 às 18:07.

BALIARDO, Rafael. **AP 470. STF condena oito acusados de lavagem de dinheiro.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-13/stf-condena-oito-acusados-lavagem-dinheiro-processo-mensalao>>. Acesso em 26/09/18 às 19:40.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal Parte Geral.** 3ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2003.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro.** Del Rey. Belo Horizonte.1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 20ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2014.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12. 846) e o Decreto-Lei 8.421/2015.** Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2017.

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>. Acesso em: 24/09/18 às 21:50.

_____. **Prevenção à Lavagem de Dinheiro: Novas Perspectivas sob o Prisma da Lei e da Jurisprudência.** Revista dos Tribunais - Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade**

Organizada e Globalização Desorganizada: curso completo de acordo com a Lei 12.850/13. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 5ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2003.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **A Responsabilidade Penal do Compliance Officer por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Curitiba. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee de Ó. **“A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do Compliance officer na legislação brasileira”** – Proposta de Enunciado para o XXII Congresso Nacional do Ministério Público: Conamp – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e a AMMP – Associação Mineira do Ministério Público. Disponível em <<https://congressonacional2017.ammpp.org.br/public/arquivos/teses/85.pdf>>. Acesso em 24/09/18 às 07:53

CÂMARA, Isabela Tarquinio Rocha. **O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. 2018.

MARTÍN, A. N. *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas.** 1ª Ed. Tirant lo Blanch. Florianópolis. 2018.

MASI, Carlo Velho. **“Direito Penal Econômico: do que estamos falando?”** - Canal Ciências Criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-economico-do-que-estamos-falando/>>. Acesso em 10/09/18 às 14:34.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal I.** 24ª Ed. Atlas. São Paulo. 2007.

NOGUEIRA, Gustavo de Oliveira. **Compliance officer e a responsabilidade penal.** Disponível em <<http://www.liraatlaw.com/conteudo/compliance-officer-e-a-responsabilidade-penal>> Acesso em 26/09/18 às 21:10

PAULINO, Hélder Ladeira. **Responsabilidade penal do Compliance Officer.** Disponível em <<http://compliancereview.com.br/resp-penal-do-compliance-officer/>>. Acesso em 25/09/18 às 08:31.

PINHEIRO, Caroline da Rosa. **Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidades dos acionistas controladores e administradores de companhia.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Algumas Notas Sobre a Omissão Punível.** Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões Sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação.** Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. São Paulo. 2011.

ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Responsabilidade do Administrador de Empresa por Omissão Imprópria.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. 2015.

SALIBA, José Carlos Maia. **O que é o Direito Penal Econômico e a sua finalidade.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/35046/o-que-e-o-direito-penal-economico-e-a-sua-finalidade>>. Acesso em 28/09/18, às 21:28.

SALOMÃO, Bruna. **Defesa da desburocratização: o direito de intervenção.** Disponível em <https://bzlws.jusbrasil.com.br/artigos/184270975/defesa-da-desburocratizacao-o-direito-de-intervencao?ref=topic_feed>. Acesso em 15/09/18 às 18:30

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2ª Edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6ª Ed. JusPODIVM. Salvador. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.