



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

KARINA MARIANO MARCOS

**O COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR NA LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS**

JUIZ DE FORA – 2017

KARINA MARIANO MARCOS

**O COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR NA LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS**

Artigo, apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como
requisito para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Orientador: LEANDRO OLIVEIRA SILVA

JUIZ DE FORA

2017

KARINA MARIANO MARCOS

O COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR NA LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS

Artigo, apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como
requisito para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Juiz de Fora, 10 de novembro de 2017

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

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

Prof. Cristiano Alvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADA

REPROVADA

“Aceite o que não se pode mudar, mude o que não se pode aceitar”.

Autoria desconhecida.

RESUMO

Diante da atual mudança na Lei de Lavagem de Capitais, um ator se mostra de suma importância na prevenção e combate ao delito previsto nessa lei, por isso o presente trabalho trata do instituto do *compliance* na Lei de Lavagem de Capitais e tem como objetivo identificar a posição do *compliance officer* como garantidor perante a referida lei, em decorrência dos deveres de cuidado, proteção, bem como de vigilância estabelecidos por ela. Além disso, utiliza-se o princípio da culpabilidade na vertente que veda a responsabilização penal objetiva para traçar a responsabilidade penal do *compliance officer*.

Palavras – chave: *compliance*; *compliance – officer*; *criminal compliance*; lei de lavagem de capitais; posição de garantidor.

ABSTRACT

Giving the recent changes in the Capital Laundering Law, an active factor takes place to prevent and fight the offense provided in this law, therefore the present work aims to explain the institute of compliance on the Capital Laundering Law. It also identifies the compliance officer position as the guarantor on the Capital Laundering Law, in view of the duty of care, protection, as well as the vigilance ruled on the said law. Also, the principle of the guilt strand forbids the objective penal accountability to draw the penal accountability of the compliance officer.

Keywords: compliance; compliance officer; criminal compliance; capital laundering Law; guarantor status.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O INSTITUTO DO <i>COMPLIANCE</i>	10
2.1 Aspectos gerais.....	10
2.2.....	13
2.3 Criminal compliance.....	15
3. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	18
3.1 Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de capitais	18
3.2 A Lei nº 9.613/1998.....	22
5. O <i>COMPLIANCE OFFICER</i> COMO GARANTIDOR NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	25
4.1. Os deveres do <i>compliance</i> previstos na lei de lavagem de capitais	25
4.2 A posição do garantidor (no Direito Penal)	27
4.3 O <i>compliance officer</i> e sua posição de garantidor	29
6. CONCLUSÃO	31
7. REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

A globalização tem a cada dia estreitado os laços existentes entre os indivíduos, além disso, tem colaborado para o surgimento e propagação dos delitos transnacionais, ou seja, aqueles delitos que transcendem os limites territoriais dos países

Buscando formas de combater e frear esses delitos, eis que surge o instituto do *COMPLIANCE* para auxiliar o Estado na persecução criminal, podendo ser visto em vários crimes, dentre as quais, tem se destacado, principalmente, na prevenção à lavagem de capitais, terrorismo e corrupção.

O presente trabalho tem como objetivo central o estudo da figura do *compliance officer*, atentando-se a sua posição de garantidor perante a lei de lavagem de capitais – Lei 9613/98. Logo, busca-se saber qual papel que a referida lei impõe a esta figura que, antes era previsto apenas em forma de comandos não legislativos, através de resoluções dos órgãos públicos que as empresas seguem a fim de obter uma boa reputação e para sua própria proteção.

É necessário entender o princípio da culpabilidade, pois ao imputar um dever de garantidor a um indivíduo deve-se tomar cuidado com a responsabilização decorrentes de suas ações. E de acordo com esse princípio não há responsabilização objetiva, vigindo o princípio “*nullun crimem sine culpa*”.

Sabe-se que a culpabilidade não é um fenômeno isolado, individual, afetando apenas o autor do crime, mas também é um fenômeno social, “não é uma qualidade da ação, mas uma característica que lhe atribui, para poder ser imputado a alguém como seu autor e fazer responder por ela” (BITENCOURT, 2014, p.63).

Ao conceito de culpabilidade atribui-se um triplo sentido, a saber: em primeiro lugar, entende-se a culpabilidade, como fundamento da pena, que permite atribuir a responsabilidade pela prática de um fato típico a uma determinada pessoa. Em segundo lugar entende-se a culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena no qual a culpabilidade funciona como limite da pena de acordo

com a gravidade do injusto. Já o terceiro sentido entende a culpabilidade como contrário a responsabilidade objetiva, ou seja, ninguém será responsável por um resultado se não houver contribuído, pelo menos, com dolo ou culpa, assim, nessa concepção impede-se a atribuição da responsabilidade penal objetiva (BITECOURT, 2014).

Dessas três dimensões temos importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recaia o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; e c) a culpabilidade é a medida da pena (BITECOURT, 2014).

Devido a isso, o marco teórico que orienta o presente trabalho é o princípio da culpabilidade na vertente que veda a responsabilidade penal objetiva, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal – STF de que “não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva” (HC 88.875)¹.

Em sendo assim, por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar realizada no âmbito do direito penal pretende-se analisar a posição em que o *compliance officer* se encontra perante a Lei de Lavagem de Capitais.

A organização do trabalho se deu, inicialmente, na apresentação do *compliance*, em seu aspecto mais genérico, depois expõe os significados do *compliance officer* e do *criminal compliance*. Posteriormente, passa-se a análise dos aspectos referentes ao crime de lavagem de capitais, atentando-se mais especificadamente a atual Lei de Lavagem de Capitais brasileira. Por fim, trataremos de analisar como a lei estabelece a posição de garantidor do *compliance officer*, diante dos deveres estabelecidos por ela.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.875/ AM – Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 07 de dezembro 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810259> >. Acesso em: 20 set. 2017.

2. O INSTITUTO DO COMPLIANCE

2.1 Aspectos gerais

Os Estados Internacionais vêm, há anos, adotando medidas no combate à criminalidade e dentre essas, encontram-se políticas de combate ao tráfico de entorpecente e ao crime de lavagem de capitais, pois estes delitos agem em diversas áreas da sociedade.

Além disso, as instituições financeiras também possuíam interesse no combate ao tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, uma vez que tais crimes provocavam implicações de ordem financeira e outras de caráter reputacional. Essas instituições querem se autoprotger contra o envolvimento em fraudes, ou com qualquer outro meio criminoso, buscando assim, preservar a associação contra a prática de qualquer delito, principalmente o crime de lavagem de dinheiro, protegendo sua boa reputação corporativa, tendo em vista que a reputação é uma poderosa ferramenta de avaliação de seu desempenho geral de mercado.

Nos dizeres de CARDOSO:

A criminalização da lavagem de dinheiro inspirou-se na necessidade de repressão a crimes mais graves praticados por organizações criminosas e que começavam a interferir no sistema financeiro internacional mediante o poder econômico proveniente do crime. Sendo que a partir do momento em que o crime organizado adquiriu caráter transacional utilizando-se do *modus operandi* de tecnologias sofisticadas para a movimentação de dinheiro ilícito, a prática de crimes tornou-se muito mais viável, e conseqüentemente a lavagem tornou-se a principal ferramenta do crime organizado (2015, p.22).

Em meados dos anos 80, diante de uma desregulamentação do mercado financeiro norte americano, ocorreu a necessidade de o Banco Central² adotar medidas de proteção a economia, dentre elas, está a adoção de políticas eficazes de prevenção à lavagem de capitais, pois esta prática criminosa tornou-se uma ferramenta eficiente para introduzir na economia formal o dinheiro adquirido de maneira ilícita e com isso decorrem-se vários efeitos econômicos e sociais

² Banco Central do Brasil (BC) é o responsável pelo controle da inflação no país. Ele atua para regular a quantidade de moeda na economia que permita a estabilidade de preços. Suas atividades também incluem a preocupação com a estabilidade financeira. Para isso, o BC regula e supervisiona as instituições financeiras. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/bcb/bcFaz.asp?idpai=PORTALBCB>> Acesso em: 15 jun. 2017.

negativos, tais como: distorções econômicas tendo em vista que quem lava dinheiro utilizando o sistema financeiro tem como objetivo ocultar a origem ilícita e não obter lucro; risco à integridade e a reputação do sistema financeiro que através de uma reputação negativa do sistema financeiro pode diminuir as oportunidades licitas e ao mesmo tempo atrair a atividades criminosas; repercussões socioeconômicas, pois a lavagem de capitais valoriza a criminalidade ao permitir que aquele que praticou um delito de usufruir do proveito do crime, ao mesmo tempo em que se capitaliza para refinar novas atividades criminosas, e por isso, se não for combatida eficazmente, fomenta o crescimento do crime em geral, o que traz maiores problemas sociais (CARDOSO, 2015).

No ano de 1988, ocorreu a Convenção de Viena, na qual se estabeleceu a primeira definição mundial aceita de crime de lavagem de capitais. Essa Convenção impôs aos Estados a adoção de providências de natureza penal contra aqueles que praticassem as mencionadas condutas.

Concomitante às resoluções da Convenção de Viena, conferiu-se ao Comitê da Basileia³ a tarefa de editar um acordo, que introduzisse princípios básicos para os bancos privados mundiais no sentido de combater e prevenir o crime de lavagem de capitais e, assim, evitar que o dinheiro proveniente de fontes ilícitas se misturasse ao dinheiro oriundo de fontes legais.

Devido a isso, as medidas de *compliance*, até então inexistentes, ganharam impulso e importância, além de que o mercado financeiro começou a treinar todos os seus profissionais para que conhecessem melhor os clientes, identificar operações financeiras suspeitas de lavagem de dinheiro e para cooperarem com as autoridades competentes na persecução criminal.

Posteriormente, houve a instauração de mais dois acordos elaborados pelo Comitê da Basileia, um no ano de 2004, conhecido como Basileia II, que formulou um acordo com vinte e cinco princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária, reforçando, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro, a ideia de que as empresas devem adotar medidas rígidas de controle interno a fim de identificação

³ O Comitê de Basileia foi criado em 1974 e instituído em 1975, pelo Comitê dos Bancos Centrais dos países membros do G-10 no seguimento às graves perturbações do mercado bancário e monetário, o Comitê institui regras e práticas de controle das operações bancárias visando proteger e reforçar a estabilidade financeira a nível internacional. O papel do comitê, cuja regulamentação não possui força de lei, é o de formular padrões e orientações sobre a proteção ao sistema financeiro.

dos seus clientes como forma de prevenir a prática de atividades criminosas. E o Basileia III, no ano de 2013, um acordo que buscou aperfeiçoar a capacidade das instituições bancárias de absorver choques, fortalecendo a estabilidade dos negócios e a promoção do crescimento econômico sustentável.

Além disso, o referido Comitê também editou um documento consultivo em que versava sobre os 10 princípios básicos do *compliance*⁴ no banco, tendo como enfoque a independência de função.

O Brasil sujeitou-se à Convenção de Viena contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, promulgando o Decreto 154/91 e se comprometeu a criminalizar a lavagem de dinheiro. Todavia, apenas efetivou o compromisso dez anos após, com a edição da Lei 9.613/98, que recentemente foi alterada pela Lei 12.682/12, tendo como objetivo tornar mais eficaz a persecução penal.

Logo, conforme se verifica, o instituto do *compliance* surgiu simultaneamente às regras de prevenção e combate ao crime de lavagem de capitais.

O conceito de *compliance* vem do verbo “*to comply*”, que significa “cumprir, executar, realizar o que lhe é imposto”, ou seja, significa estar em conformidade, fazer cumprir normas, regulamentos internos e externos impostos a instituição.

Segundo VOEGEL (1988 apud SILVEIRA E DINIZ 2015, p.140) o conceito de *compliance* é o “conceito que provém da Economia e que foi introduzido no Direito Empresarial, significando a posição, observância e cumprimento de normas, não necessariamente de natureza jurídica”.

Este instituto orienta-se pela finalidade preventiva, através de uma série de condutas que estimulam a diminuição de riscos da atividade e dentre os elementos estruturais dos programas de *compliance*, em apertada síntese, podemos destacar os seguintes: definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa; análise dos riscos específicos correspondentes nas empresas, bem como as determinações e advertências sobre os procedimentos a serem adotados na empresa; criação de um sistema de informação para descoberta e esclarecimento de delitos que ocorram dentro das instituições financeiras.

⁴ *Compliance and Compliance Function in Banks – Comitê da Basileia em Supervisão Bancária*. Disponível em: < www.bis.org/publ/bcbs113.pdf > Acesso em: 21 jul. 2017.

De acordo com Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN⁵ - a missão do *compliance* é:

Compliance é assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes. Além de atuar na orientação e conscientização à prevenção de atividades e condutas que possam ocasionar riscos à imagem da instituição⁶.

Os objetivos da implementação de uma política de *compliance* são inúmeros, dentre eles, temos: o de cumprir a legislação nacional e internacional, além das regulamentações do mercado, das normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes; evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso de informações privilegiadas; evitar o ilícito de lavagem de dinheiro.

Por fim, numa rápida explicação, a implantação de uma política de *compliance* na empresa se dá pela elaboração de um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação, devendo ser implementado em todos os âmbitos em que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento.

2.2 Compliance officer

Dentro dessa política de *compliance*, uma figura se torna muito importante para sua implementação, sendo “uma cabeça de ponte do programa, e o responsável pelo mesmo” é o denominado “*compliance officer*”. Seu primordial

⁵ A FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos - é a principal entidade representativa do setor bancário brasileiro. É uma associação sem fins lucrativos que tem o compromisso de fortalecer o sistema financeiro e suas relações com a sociedade e contribuir para o desenvolvimento econômico, social e sustentável do País. O objetivo da Federação é representar seus associados em todas as esferas do governo para o aperfeiçoamento do sistema normativo, a melhoria continuada dos serviços e a redução dos níveis de risco. Disponível em: < <https://portal.febraban.org.br/pagina/3031/9/pt-br/institucional> > Acesso em: 19 jun. 2017

⁶ Disponível em: < http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf > Acesso: 19 jul 2017.

objetivo é investigar e prevenir transações financeiras relacionadas à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes (SILVEIRA E DINIZ, 2015, p.142).

O Banco Central⁷ editou uma Resolução de nº 2.554/98 para as instituições financeiras que atuavam no Brasil, estabelecendo que estas deveriam implantar em sua estrutura hierárquica, obrigatoriamente, pelo menos um *compliance officer*.

Atribuiu-se a essa função de *compliance officer* algumas obrigações, dentre as quais temos: o dever de verificar o ambiente regulatório, identificar falhas, implementar as reformas, quando necessárias. Também possui o dever de verificar e fiscalizar se o ambiente em que foram implementados os procedimentos de controles internos estão em conformidade com as leis, normas internas da própria instituição e com outras regras estabelecidas por órgãos reguladores (CARDOSO, 2015).

Essa função de *compliance* pode ser desenvolvida de forma centralizada ou descentralizada, isso dependerá da estrutura organizacional da empresa, mas o importante é que, em qualquer desses modelos, o setor de *compliance* deve ter total independência em sua atuação.

A FEBRABAN, em 2013, emitiu um documento normativo⁸ aos seus associados em que elucidou as funções do *compliance officer* nas instituições financeiras no país, além de normas de prevenção e combate à lavagem de capitais.

A essencial função é a de garantir o cumprimento das leis, regulamentos e normas. Também deverá o *compliance officer* zelar pela existência de procedimentos de controles internos que compreendem programas de treinamento e auto-instrução dos funcionários, bem como, certificar-se de que os sistemas de informações e de prevenção à lavagem de dinheiro em funcionamento sejam eficazes as suas finalidades preventivas (CARDOSO, 2015).

Destarte, na execução de suas tarefas, o responsável pelo *compliance* é absolutamente independente em suas decisões. Todavia, o resultado do seu trabalho sofrerá avaliação dos órgãos responsáveis como o Banco Central, Febraban, ABBI⁹, além de possuir o dever de informar ao Conselho de Controle de

⁷ Cf nota 2.

⁸ Normativo elaborado pela FEBRABAN encontra-se disponível em: <http://www.autorregulacaobancaria.com.br/Normativo_SARB_011_2013_PLDCFT.pdf> Acesso em: 02 ago.2017

⁹ ABBI – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS – possui como finalidade de congrega e representar os Bancos internacionais, presentes ou representados no Brasil e o objetivo

Atividades Financeiras - COAF¹⁰ - as situações suspeitas verificadas no âmbito da instituição financeira.

No direito positivo, encontramos os deveres do *compliance* na Lei de Lavagem de Capitais nos artigos 10 e 11¹¹ da Lei nº 9.613/1998 e esses são, a saber: o dever de registrar as informações relativas à identificação dos clientes; a criação, manutenção de registros dos mesmos e de suas transações que ultrapassem os limites fixados; o dever de informar a não ocorrência de operações suspeitas, bem como a obrigação de vigilância e de comunicação às autoridades competentes de movimentações que ultrapassem os limites previamente fixados, além daquelas que demonstram sérios indícios de lavagem de dinheiro.

2.3 Criminal compliance

No âmbito do Direito Penal, diante da complexidade das relações sociais e o processo de globalização, eis que surgem os delitos transnacionais. Este novo cenário exigiu do Direito Penal uma nova roupagem de suas categorias, tais como o

é discutir e debater os problemas conjunturais e econômicos que afetem o sistema bancário. Disponível em: <<http://www.abbi.com.br/objetivos.php>> Acesso em: 0 ago. 2017

¹⁰ Unidade de inteligência financeira brasileira, o COAF (conselho de controle de atividades financeiras) – criado pelo ministério da fazenda e possui como finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos (CARDOSO, 2015, p.62).

¹¹ Art. 10: As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; 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; deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

Art. 11: As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar ao Coaf, abstenendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização

tipo objetivo, dolo, causalidade, etc, também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.

Pode-se falar, portanto, em *criminal compliance* quando estiver diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às rotinas econômicas e financeiras de certos agentes. Assim, a persecução penal de instituições econômicas e de empresários está intimamente ligada ao *criminal compliance*.

Deduz-se que o *criminal compliance* tenha por pretensão a garantia de que as atividades ilícitas, a que visa combater, serão erradicadas, inclusive antes de sua prática.

Logo, segundo os dizeres de SOBRINHO *criminal compliance* é:

O *compliance criminal* nada mais seria do que um instrumento de política criminal. Seu objetivo específico seria o de prevenir e minimizar os riscos, que, através de uma assessoria jurídica, daria revestimento diferente daquilo que é conhecido como “parecer jurídico externo (2015, p. 144).

A criminalidade utiliza-se do aparato estatal, das empresas, das instituições financeiras e outras formas de organização para a prática delitiva, por isso que se instaura nesse ambiente o sistema do *criminal compliance*, buscando juntar esforços entre as instituições, órgãos reguladores públicos e privados na prevenção, investigação e combate a estes delitos.

Na atualidade, os programas de *criminal compliance* são implementados de forma compulsória e têm como objetivo primordial a prevenção da criminalidade no ambiente empresarial. Entende-se que os programas de prevenção criminal beneficiarão as instituições financeiras na medida em que for possível reduzir os riscos de sua própria responsabilidade penal, por meio da assunção, na esfera privada, da função preventiva baseada em códigos de conduta.

O *criminal compliance* é representado por políticas internas de prevenção de riscos normativos¹²específicos na área penal, ou seja, de maior ou menor

¹² Este risco normativo surge como o problema do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio

necessidade de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida, que podem ser atividades financeiras, ambientais e tributárias, por exemplo, e possuem um elevado risco normativo penal (SAAVEDRA, 2011). Além do que, a sua pretensão é a garantia de que serão erradicadas as atividades ilícitas que visa combater, ou seja, o *criminal compliance* lida com a prevenção do delito numa perspectiva *ante factum*^{**13}, procurando evitar a responsabilização da empresa e/ou de seus colaboradores ao determinar que sejam cumpridos devidos procedimentos.

O Poder Público pode impor programas de cumprimento criminal de três formas: ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos das empresas.

Em que pese a relevância dos programas de cumprimento em matéria penal, essas políticas criminais de prevenção delegadas a iniciativa privada devem ser tomadas com prudência, pois não se pode nem delegar a função de polícia (função de persecução criminal) a iniciativa privada, tampouco impor um risco normativo de tal grandeza que prejudique o livre desenvolvimento das atividades econômicas, violando postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal de um lado e do livre exercício econômico de outro.

Essa é uma estratégia de governança corporativa que promove uma gestão de riscos de persecução penal através procedimentos padronizados e que são controlados por um setor de *compliance*, mais especificamente, controlada pelo *compliance officer*, que é obrigatoriamente criado pela instituição financeira.

Estes riscos do *compliance* nada mais são do que a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas ou regulatórias, de perdas financeiras ou da credibilidade da agência financeira no mercado decorrente do descumprimento de leis, regulamentos, códigos de conduta ou de boas práticas em determinado setor.

ambiente, consumidor, dentre outras. Assim, o *compliance*, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais.

¹³ “A análise do *criminal compliance* parte de uma ótica diferente do direito penal tradicional, pois este analisa *post factum* dos ilícitos, ou seja, condutas comissivas e omissivas que já violaram o bem jurídico penalmente relevante. Já o *criminal compliance* parte de uma análise *ante factum*, é dizer que parte dos controles internos e das medidas que possam de alguma forma prevenir a persecução penal na empresa, antecipando o comportamento penalmente relevante através justamente da assessoria jurídica.” (SOBRINHO, Fernanda Martins Maria, *Compliance e crime culposo: viabilidade*, DAVID, Décio Franco (organizador), São Paulo, Atlas, 2015, p.144)

No ordenamento jurídico brasileiro, os reflexos destas políticas de *criminal compliance* são contemplados por meio da positivação ocorrida na Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/1998. Neste diploma, há a descrição do tipo penal de lavagem de dinheiro e são estabelecidos uma série de deveres de cumprimento por parte de pessoas físicas e jurídicas. Além de indicar uma política de controle de riscos derivados das atividades financeiras e econômicas, inclusive com a criação das responsabilidades da diretoria de tais instituições (CARDOSO, 2015).

3. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

3.1 Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de capitais

Nos Estados Unidos, o crime de lavagem de capitais surgiu durante o período em que a comercialização de bebidas alcoólicas era proibida fazendo emergir, entre as quadrilhas que traficavam, a necessidade de se organizarem devido à grande monta de dinheiro que arrecadavam.

Dentre o capital arrecadado, uma parte era empregada na corrupção de agentes públicos, na intenção de permitirem a prosperidade das transações e, a outra parte era aplicada em novos empreendimentos, a princípio em empresas de fachadas, principalmente lavanderias de roupa, para a limpeza do dinheiro oriundo de ilícitos, por isso o nome lavagem de dinheiro (CARDOSO, 2015).

Após a legalização do álcool, em 1933, o contrabando de bebidas perde sua razão. Mas, por outro lado, crescia o uso de drogas proibidas, o que permitiu que as organizações criminosas se beneficiassem de outra forma, mantendo viva a necessidade da prática da lavagem de dinheiro (CARDOSO, 2015).

O crime de lavagem capital passou a ser objeto de maior atenção por partes dos governantes, no final da década de 80, quando foi percebida a força e a capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, forçando, assim, uma mudança da perspectiva política e criminal.

Diante dessa desvantagem, o Estado e as organizações internacionais decidiram unir forças no sentido de criar meios mais eficientes ao combate do crime, coibindo, assim, as variadas composições que movimentam outras facetas do crime organizado. Eis que surge uma política de antilavagem que visava combater a base de sustentação dessas organizações criminosas (CARDOSO, 2015).

Além disso, essa política de antilavagem direcionava-se a prevenir algumas implicações econômicas e sociais decorrentes da prática do crime, dentre as quais podemos exemplificar: a) as distorções econômicas decorrentes da pretensão dos lavadores de apenas esconder a origem ilícita dos recursos, não tendo como objetivo o lucro e, por isso, passam a ofertar certos produtos mais baratos, prejudicando a concorrência, provocando a instabilidade monetária; b) repercussões socioeconômicas, tendo em vista que a lavagem valoriza a impunidade, pois permite que aquele que pratica o crime usufrua do proveniente de delito, ao mesmo tempo em que se capitaliza para refinar novas atividades criminosas; por isso se não combatida eficazmente, fomenta o crescimento do crime em geral (CARDOSO, 2015).

A Convenção de Viena, em 1988, estabeleceu a primeira definição mundialmente aceita do crime de lavagem de capitais e impôs aos Estados a adoção de providências de natureza penal contra aqueles que praticassem tal delito.

Nos dizeres de CARDOSO:

O primeiro documento internacional que previa a criminalização da lavagem de dinheiro tipificava as condutas de ocultar ou encobrir a natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que eram procedentes de outros delitos como: a produção, fabricação, a extração, a preparação [...] transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica (2015, p.22/23).

Devido à propagação da globalização e a abertura de mercados internacionais, o intercâmbio de informações favoreceu o espetacular desenvolvimento dessa espécie criminosa, que percebeu, nas facilidades de transacionar, uma forma simples de cometimentos de crime.

Logo, a lavagem de capitais é uma modalidade de crime que integra as raízes de um novo direito penal, tido como direito penal econômico e este surgiu para responder algumas questões, apresentar soluções que não foram apresentadas pelo direito penal clássico.

O crime de lavagem de capitais se insere numa prática de favorecimento de outros crimes, ou seja, a lavagem, segundo BARROS (2017, p.33), corresponde “a ação, ou mais de uma ação, praticada com a finalidade de dar aparência lícita a capitais ou ativos (bens, direitos ou valores) provenientes de ilícito penal (infração penal antecedente)”.

Outra boa forma de vislumbrar a definição do crime de Lavagem de Capitais é destacando o conceito apresentado pelo COAF (1999, p.3), que o define como:

Lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras para incorporação, transitória ou permanente, na economia de cada país de recursos, bens e valores que se originam ou estão ligados a transações ilegais.¹⁴

Os “lavadores de dinheiro” dispõem de algumas estratégias para colocar em circulação grande quantidade do dinheiro sujo em instituições financeiras, sem provocar a investigação das autoridades competentes, ou seja, eles aplicam técnicas ao processo de transformação de “dinheiro sujo” em “dinheiro limpo”, buscando cortar a relação existente entre o delito antecedente praticado e os bens produzidos por essa conduta proibida.

O processo de “lavagem” envolve três etapas: a primeira refere-se a ocultação, que consiste na colocação do dinheiro no sistema financeiro, objetivando esconder sua origem e para isso, o criminoso começa a movimentar o dinheiro em países que possuem o sistema financeiro mais liberal, com regras permissivas. A segunda fase é a dissimulação, em que se procura dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos, aqui há uma série sucessiva e variada de transações

¹⁴ Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-01de-dinheiro>> Acesso em: 10 ago. 2017

financeiras, transferindo-se os ativos para contas anônimas. Já a terceira e última fase é a integração, que corresponde a própria finalização da lavagem, ou seja, aqui os ativos são formalmente incorporados sistema financeiro, através de investimentos, por parte dos criminosos, em empreendimentos que facilitem suas atividades (BARROS, 2017).

Nesta última etapa conclui-se a mescla de atividades lícitas e ilícitas, formando-se um bolo de ativos que gera enormes dificuldades para a atividade investigativa da polícia e da perícia.

O bem jurídico tutelado na persecução criminal da lavagem de dinheiro é visto de diferentes maneiras, existindo, assim, posicionamentos doutrinários divergentes.

Para GRECO (2011 apud. BARROS, 2017, p.44) o bem jurídico tutelado corresponde ao objeto de proteção jurídica da infração antecedente, ou seja, na lavagem tutela-se o mesmo bem jurídico lesado na infração antecedente. Há, também, quem entenda tratar-se de crime que lesa a administração da justiça.

Todavia, a doutrina majoritária vê na ordem econômica o bem jurídico protegido, isto é, os defensores dessa teoria sustentam que as condutas de ocultar, encobrir e reciclar o capital ilícito provocaria um desequilíbrio na economia, no qual afetaria todo o sistema econômico.

Nos dizeres de PRADO sobre o conceito de ordem econômica:

O conceito de ordem econômica, de natureza ambígua como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (2014, p. 26).

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se como crime econômico, porque lesa bens ou interesses abrangidos pela ordem econômica, o bem jurídico tutelado é o sistema econômico-financeiro.

Sendo assim, o bem ou interesse jurídico tutelado, por sua vez, caracteriza-se como bem ou interesse supraindividual, ou metaindividual. Não há, com isso,

exclusão do interesse individual. Sempre que há interesse coletivo protegido, obviamente que há também interesse individual, porém, em menor grau.

Os dois fortes argumentos apontados pelos doutrinadores que sustentam ser a ordem econômica o bem jurídico tutelado são: primeiro é que ao consolidar a ordem econômica como objeto da norma incriminadora, fica legitimada a punição, em concurso material, para os casos de autolavagem, ou seja, quando o autor do crime antecedente também é o responsável pelo crime de lavagem. O segundo argumento é que há a tendência de abolir o rol de crimes antecedentes ao crime de lavagem de capitais, deixando um rol aberto, apontando como indicativo da tutela da ordem econômica. (BADARÓ E BOTTINI, 2013).

3.2 A Lei nº 9.613/1998

Por força da Convenção de Viena, anteriormente mencionado, os países signatários, dentre eles o Brasil, assumiram o compromisso de tipificar como infração penal as ações consistentes na substituição, conversão ou ocultação de bens provenientes do tráfico de entorpecentes. (BARROS, 2017)

No Brasil, passados cinco anos da assunção do compromisso, foi enviado um projeto de lei que versava sobre a matéria de lavagem de capitais para o Legislativo, e, posteriormente, foi aprovado e transformado na Lei nº 9.613/98. A partir de então, o país uniu esforços com os outros países e passou a trocar informações, a prestar auxílio mútuo em favor da prevenção e persecução dessa criminalidade.

A lei nº 9.613/98, que criminalizou a conduta de lavagem de dinheiro e dispôs sobre as obrigações ligadas à prevenção de lavagem, tinha como principal característica a ampliação do rol taxativo de crimes antecedentes. Essa modificação transformou a legislação do país em uma legislação de segunda geração, ou seja, a legislação, que antes criminalizava como crime antecedente apenas o tráfico de entorpecentes, ampliou o rol taxativo de crimes considerados graves.

Em sendo assim, a referida lei trazia uma lista fechada de crimes antecedentes e a pena de quem ocultasse ou dissimulasse a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos da prática daqueles precisos crimes antecedentes era de três a dez anos, e multa.

Também, na norma eram elencadas as pessoas, tais como bancos, corretoras de valores, entre outros, que eram obrigadas aos deveres de cadastros de clientes, manutenção de registros de operações e comunicação de operações suspeitas. Todavia, não se incluía profissionais como contadores, auditores, tabeliães e advogados (BOTTINI E ESTELITA, 2012).

Além disso, essa lei criou no Brasil, no âmbito do Ministério da Fazenda, o COAF¹⁵, com a finalidade de disciplinar, aplicar sanções administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos (PRADO, 2014).

Esse diploma normativo sofreu várias alterações no decorrer dos anos, sendo que a mais recente e mais profunda transformação na lei de lavagem de capitais foi em 2012, através da Lei nº 12.683/2012 e na qual buscava incorporar recomendações internacionais acerca do tema, tornando-se, assim, mais eficiente a persecução penal do crime de lavagem de dinheiro.

Com a edição da Lei nº 12.683/2012, a legislação nacional de combate à lavagem de capitais atingiu o patamar de “terceira geração”, ou seja, “na terceira geração incluem-se países que possuem leis admitindo que os crimes de lavagem abrangem bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente, de infração penal (rol aberto de ilícitos antecedentes)” (BARROS, 2017, p.75).

As principais mudanças que ocorrem na Lei. nº9.613/98 são a: extinção do rol taxativo de crimes antecedentes, a inclusão das contravenções penais como delito prévio ao crime de lavagem, isto é, ao substituir a expressão “crime” por “infração penal” no artigo 1º, tornou-se possível criminalizar as condutas antecedentes classificadas tanto como crime quanto como contravenção penal.

¹⁵ Cf. nota 8.

Portanto, antes da reforma ocorrida em 2012 a Lei de Lavagem de Capitais trazia uma lista com oito crimes possíveis de antecedentes à lavagem – tráfico de drogas e de armas, terrorismo, extorsão mediante seqüestro, crime contra a administração pública nacional ou estrangeira e contra o sistema financeiro nacional, ou praticado por organização criminosa – e tudo que estava fora desse rol era excluído como hipótese de gerar lavagem de capitais. Já na lei atual a ocultação de produto de qualquer delito ou contravenção – por menor que seja – constitui crime de lavagem de dinheiro.

Um último ponto, que merece destaque, foi a ampliação do rol de instituições obrigadas a comunicar operações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a criação de regras que facilitam a identificação do sujeito. Além disso, houve ampliação significativa do rol das pessoas sujeitas às obrigações da política de prevenção. Passaram também a sujeitar contadores, consultores e auditores. E, também foi incrementado o rol de obrigações da política de prevenção, no qual agora se prevê a necessidade de adoção, por essas pessoas, de políticas, procedimentos e controles internos (art. 10, inc. III)¹⁶ (BOTTINI E ESTELITA, 2012).

Com relação as estas obrigações previstas nos arts. 10 e 11¹⁷ em que a lei de lavagem de capitais impõe é que vamos nos debruçar no próximo capítulo, procurando analisar se o *compliance officer* se encaixa no rol de pessoas obrigadas e se ele agiria como um garantidor na referida lei, a fim de evitar que tal ação criminosa se concretize.

¹⁶ Art. 10, inc. 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;

¹⁷ Cf. nota 11.

4. O COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

4.1. Os deveres do *compliance* previstos na lei de lavagem de capitais

A renovada lei de lavagem de capitais demonstra, no direito pátrio, a tendência de se utilizar os programas de prevenção no combate ao referido delito de lavagem, estabelecendo obrigações administrativas e o dever de colaboração das entidades na persecução penal. Ela incorpora no ordenamento os deveres do *compliance officer*, principalmente no artigo 10 em que determina que as entidades e pessoas obrigadas pela lei no art. 9^o¹⁸ deverão adotar políticas e procedimentos de acordo com o seu porte e deverão obedecer às regras do arts. 10 e 11¹⁹ e dos órgãos competentes.

Logo, os arts. 10 e 11 estabelecem quais são as obrigações do *compliance officer*, além de tornar obrigatória a presença deste nas instituições financeiras. Este adquire o ônus de implementar e executar controles internos, os procedimentos e políticas afim de colaborar na persecução do crime em questão. Também tem o dever de manter seu registro atualizado no órgão regulamentador, COAF. Por fim, o dever de atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidos, cabendo-lhe preservar o sigilo das informações prestadas (art. 10, V)²⁰.

Ademais, o art. 11 estabelece que o *compliance officer* possui o dever de comunicar às autoridades competentes todas as operações suspeitas, ou seja, todas as movimentações que ultrapassem os limites estabelecidos pelo Banco Central, além de transações que denotem indícios da prática de lavagem de dinheiro, independentemente do valor.

¹⁸ Art. 9 Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: [...]

¹⁹ Cf. nota 11.

²⁰ Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não.

Devido às complexidades que envolvem o crime de lavagem de dinheiro, há uma dificuldade no rastreamento dos bens ilícitos e essa dificuldade pode ocorrer devido à “falta de estrutura para monitoramento das movimentações financeiras, ou pela existência de regras de sigilos oferecidos pelos setores nos quais movimentos são realizados – como é o caso do setor bancário”. (BADARÓ E BOTTINI, 2013, p.33). Por isso, o Estado, transfere para o particular o dever de auxiliar na persecução criminal dos lavadores de capitais.

O rol de pessoas obrigadas a colaborar com a prevenção do crime em estudo foi atualmente ampliado e também houve a extensão dos deveres legais de colaboração das pessoas jurídicas, que antes ficavam excluídas. E com relação ao *compliance officer* não há dúvidas de que os deveres aos quais deve obediência são os instituídos nos arts. 10 e 11, como supramencionados.

O art. 12²¹ estabelece as sanções administrativas que decorrem do descumprimento do dever de comunicar as operações suspeitas e são as seguintes: “a) advertência; b) multa pecuniária variável; c) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos; e e) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou financiamento” (CARDOSO, 2015, p.96).

A primeira sanção será aplicada quando a instituição não cumprir o estabelecido no art. 10, inc I e II²². No que tange a pena de multa, esta será aplicada quando as pessoas obrigadas a cumprirem com o dever de *compliance* deixarem de sanar as irregularidades apontadas pela autoridade competente, deixarem de cumprir o disposto no art. 10, inc. I, IV e V²³, ou se deixarem de proceder as devidas comunicações estabelecidas pelo art. 11²⁴. A terceira sanção será aplicada quando houver infrações graves relativas aos deveres que devem ser cumpridos ou quando houver reincidência específica em transgressões anteriormente já punidas. Por fim, a cassação da autorização do exercício será aplicada se houver reincidência em

²¹ Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável não superior [...]; III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. [...].

²² Cf. nota 11

²³ Cf. nota 11

²⁴ Cf. nota 11

uma das infrações punidas anteriormente com inabilitação temporária, nos termos do art. 12, §4^{o25}.

Conforme dito anteriormente, hoje é obrigatória a existência do *compliance officer* nas instituições financeiras (Resolução de nº 2.554, Banco Central), devendo-se delimitar as suas responsabilidades dentro da instituição. Devido a isso, a função desempenhada pelo *compliance officer* é independente, o que requer o preenchimento de alguns requisitos especiais para que se possa ocupar tal cargo, podendo se destacar a necessidade de que o agente conheça toda a estrutura da instituição, pois o *compliance officer* avaliará os riscos da sua omissão diante dos deveres, além de verificar o que deve ser comunicado a alta direção da instituição (CARDOSO, 2015).

A implicação de responsabilidade não é apenas de natureza administrativa, mas há também responsabilização penal pelo não cumprimento das regras determinadas na lei de lavagem de dinheiro, isso se dá porque há um agente específico, que deixa de cumprir um dever também específico.

4.2 A posição do garantidor (no Direito Penal)

Nesse diapasão, é necessário entender o que é a posição do garantidor. Essa figura deriva de uma construção normativa que leva em consideração algumas situações da sociedade que exigem do sujeito um comportamento ativo a fim de proteger o bem jurídico, assim, qualifica-se a omissão como comportamento inadequado.

Nos dizeres de GALVÃO:

A aplicação do princípio da posição do garantidor, baseada na violação ao dever especial de agir, nada mais é do que a aplicação específica do princípio da adequação social. A proteção do bem jurídico é a conduta socialmente adequada exigida pela norma jurídica. A omissão, por outro lado, constitui a conduta socialmente inadequada que viola essa mesma norma (2013, p.310).

²⁵ Art. 12, §4^o A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso II do *caput* deste artigo.

Nos crimes tidos como omissivos, ou seja, quando há inobservância do dever de cuidado de proteção ao bem jurídico, evitando que um determinado resultado se produza, abstendo-se do seu dever de proteção encontramos a figura do garantidor

Os crimes omissivos são classificados em: a) omissivos próprios e b) omissivos impróprios. O primeiro se perfaz com a simples inação do sujeito, que embora tenha o dever de atuar no caso concreto, deixa de empreender atos de salvamento exigido pela norma jurídica. Já o segundo, coloca-se que há um dever especial de agir a fim de impedir o resultado, distinguindo entre os membros da sociedade, aqueles que possuem obrigação relevante de proteção ao bem jurídico, ou seja, define quem está na posição de garantidor.

Para GALVÃO (2013, p. 315), garantidor é “a pessoa especialmente indicada pela norma jurídica para proteger o bem jurídico, para garantir com sua intervenção que o bem jurídico não seja lesionado ou posto em perigo”.

Portanto, a posição do garantidor produz norma de caráter mandamental, que orienta a realizar a conduta esperada, e o art. 13, §3º, do Código Penal definiu quem deve ser considerado garantidor ao estabelecer a quem cabe o dever especial de agir.

O dever de agir incumbe: a) a quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) aquele que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e c) aquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A primeira forma de se encontrar na posição de garantidor decorre de uma obrigação imposta diretamente pela lei a qual estabelece quem é a pessoa obrigada ou qual a função social exerça. Já a segunda, refere-se aquele que não possui obrigação legal, mas que assumiu o dever de proteger o bem jurídico. E por fim, aquele que não tinha obrigação de agir, mas que devido ao seu comportamento anterior de ingerência diante da situação tenha criado o risco da ocorrência do resultado, isto é, o resultado lesivo acaso sobrevivendo é imputado ao ingerente que se omitiu em impedi-lo, na mesma medida em que se o tivesse causado por ato comissivo.

Após breves considerações sobre a posição do garantidor, passamos a analisar a posição em que se encontra o *compliance officer*.

4.3 O compliance officer e sua posição de garantidor

A posição de garante do *compliance officer* tem como premissa básica a existência de programas que funcionem perfeitamente ou, caso contrário, não se poderá responsabilizar criminalmente o responsável pela observância dos mandamentos legais se a própria estrutura da empresa não lhe garante condições adequadas para desempenhar sua tarefa (CARDOSO, 2015).

Os deveres de garantidor aplicam-se ao *compliance officer* por aceitação voluntária ou contratual, ou seja, ele se coloca na posição de garante da instituição ao aceitar desenvolver políticas anti-lavagem. O principal fundamento para atribuir ao *compliance officer* tal posição de garante refere-se à aceitação de exercer a função de guarda e assistência ao bem jurídico que é a ordem econômica, em razão da sua competência em prevenir a prática do crime de lavagem (CARDOSO, 2015).

Em análise a lei de lavagem de dinheiro, a posição de garante se limita a garantir: a) a identificação e cadastro dos clientes; b) registrar transações que ultrapassam os limites pré-estabelecidos; c) adotar procedimentos de *compliance*, e d) comunicar ao órgão fiscalizador (COAF), além das demais autoridades, operações em que houver fortes suspeitas de ocorrência do delito em estudo.

As instituições financeiras depositam no *compliance officer* a confiança de que ele irá desempenhar suas funções de proteção de maneira eficiente, esperando que ele elabore estratégias prévias e hábeis a impedir a empreitada criminosa.

Por isso que na instituição financeira a alta direção confia plenamente na capacidade de o *compliance officer* desempenhar suas atividades de maneira cautelosa e eficiente.

Logo, deve-se delinear os critérios para responsabilização criminal do *compliance officer*, utilizando-se da teoria da imputação objetiva como corrente no processo para imputação da conduta típica do autor do fato.

A estrutura da imputação objetiva é dividida em quatro institutos jurídicos – penais pelo autor: a) a criação do risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição do regresso; e d) competência da vítima. O primeiro refere-se ao risco tolerado e vital para a configuração social e o risco proibido, por sua vez, é aquele criado para além do aceitável pelo direito. Já os demais institutos, segundo JAKOBS (2007 apud CARDOSO, p.162. 2015), são fatores que pertencem ao conhecimento

especial e, com relação a responsabilidade penal do compliance officer, os conhecimentos especiais do autor lhe garantem um papel de competência institucional, trata-se da posição de garantia exigida de um sujeito com conhecimentos específicos no setor em que atua.

Segundo a teoria da imputação objetiva, “o resultado de uma conduta humana só pode ser objetivamente imputado ao autor quando tenha criado um risco juridicamente proibido a um bem jurídico e que tal risco tenha concretizado em resultado típico” (BITENCOURT, 2014, p.328).

No que tange a imputação objetiva no delito omissivo depende da violação do dever concreto de agir para impedir o resultado, isto é, o dever legal de proteção ao bem jurídico pertence ao omitente. Logo, é imposto ao omitente, pelo dever de agir, a necessidade de atuar para afastar o perigo ao bem jurídico ou, não sendo possível afastar, deve-se impedir que o perigo aumente (GALVÃO, 2013, p.323).

Desse modo o primeiro critério que deve ser obedecido no procedimento para responsabilizar criminalmente o compliance officer é verificar se a conduta exigida como meio de prevenção está dentre aquelas estabelecidas pela lei 9613/98. Superada a questão pertinente à legalidade, o segundo critério decorre da imputação objetiva. Nesse ponto deverá ser feita a atribuição normativa de responsabilidade criminal à conduta omissiva do compliance officer.

Se o *compliance officer* omite-se nos deveres de *compliance* para poder colaborar com a prática criminosa, ou seja, em comum acordo com os lavadores de capitais omite-se nos deveres para por meio desse comportamento colaborar com a prática criminosa, ele responderá em razão da sua omissão, em concurso, pelo crime de lavagem de dinheiro, conforme estabelece o art. 1º, §2º, I,²⁶ da lei de lavagem de capitais (SILVEIRA E DINIZ, 2015, p.274).

De outro modo, se o compliance officer, em razão do papel de garantidor, não age em unidade de vontades, mas ainda assim contribui para a lavagem de dinheiro por meio de sua conduta omissiva – não diminuído o risco de verificação do resultado típico, responderá como autor do crime. Aqui há um grande desafio devido às dificuldades práticas na realização da prova do elemento subjetivo, será diferenciar entre a conduta dolosa punida pela lei 9613/98 e, a conduta omissa

²⁶ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: [...] I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.

culposa, considera atípica para os efeitos de punição do crime de lavagem de capitais. (CARDOSO, 2015).

Além disso, nem sempre o simples descumprimento de deveres de compliance significa a prática de um delito, assim como é possível cumprir tais obrigações e ainda assim realizar uma conduta típica de lavagem. Em se tratando de compliance officer atuante em instituições financeiras parece pouco significativo o risco de incorrer em responsabilidade penal, sem que de fato tenha no mínimo assumido o risco de cometer o delito. Como visto, em regra geral, “aquele que ocupar o cargo deverá estar suficientemente capacitado para decisões que envolvem os deveres impostos pela lei de lavagem de capitais e, por essa razão, dificilmente será levado a erro em seu julgamento” (CARDOSO, 2015, p.162).

5. CONCLUSÃO

Conforme verificado, as normas de *compliance* originaram-se, concomitante, as medidas de combate à lavagem de dinheiro, sendo que, inicialmente, eram encontradas em recomendações, diretivas, tratados, convenções internacionais e, posteriormente, foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos.

De forma sintetizada, *compliance* significa a observância, cumprimento de normas de prevenção e combate a riscos inerentes a atividade financeira. Além disso, impõe-se a determinadas pessoas a obrigação de prevenção, investigação e comunicação às autoridades competentes da ocorrência de suspeita de delitos, sob pena de sofrer sanções administrativas e criminais

O *compliance officer* é o protagonista dos deveres de *compliance* que, em razão do seu cargo, se torna responsável por zelar e proteger os bens jurídicos de terceiros, da coletividade. Estes deveres do compliance officer no direito positivo encontram-se arts. 10 e 11 da Lei de Lavagem, sendo que o art. 10 estabelece o dever de vigilância e o art. 11 o dever de comunicação. Além do mais é considerado de infração do dever a omissão do compliance officer em relação aos deveres estabelecidos na Lei de Lavagem de Capitais.

O combate ao crime de lavagem de dinheiro possui uma estratégia preventiva, ou seja, procura-se antecipar o resultado e se mostra presente nas políticas de *criminal compliance* estabelecidas Lei nº 9.613/98.

Para que o *compliance officer* seja responsabilizado penalmente, deve verificar se a conduta que se exige dele está entre às descritas na lei nº 9.613/98. Após, se deve analisar se a conduta esperada desse agente, enquanto garantidor, teria diminuído o risco de verificação do resultado.

Logo, se o *compliance officer* deixa de praticar determinada conduta, que está descrita na lei de lavagem e, se da sua omissão, decorrer um risco a produzir algum resultado indesejado, este deverá ser responsabilizado por sua omissão.

Deve-se levar em consideração que, a posição de garante do *compliance officer* tem como premissa básica a existência de programas que funcionem, estrutura apropriada para proceder a prevenção dos resultados. Caso contrário, não poderá responsabilizar administrativamente e/ou criminalmente o indivíduo por não ter observado os mandamentos legais, se a própria instituição não lhe fornece estrutura, nem condições adequadas para desempenhar as suas tarefas de forma apropriada.

Se o *compliance officer* omitir dos seus deveres para colaborar com a prática criminosa, será responsabilizado pelo crime de lavagem, em decorrência da sua omissão, conforme estabelece o art. 1º, §2º, I da lei de lavagem. Isto porque, ele utilizou, no sistema financeiro, bens, direitos e valores advindos de crimes antecedentes, ou seja, ele sabia da natureza ilícita dos recursos.

Todavia, a despeito do *compliance officer* ter exercido o seu papel de garantidor, cumprindo com seu dever de cuidado e proteção, aplicando todas as ferramentas que dispõe para prevenir os riscos, bem como procurar evitar que os resultados indesejáveis ocorram, não será lhe imputado a responsabilização pelo crime de lavagem, pois restou-se demonstrado que, embora tenha trabalho para evitar o resultado, este ocorreu.

Em sendo assim, a responsabilidade a ser considerada é subjetiva e não objetiva, porque os casos de responsabilidade subjetiva dependem que o agente causador do dano tenha dolo ou culpa em relação ao dano causado, significa que é necessário que ele tenha agido de forma consciente, ou agido com negligência ou imprudência para que se possa atribuir a esse agente. O que é diferente dos casos

de responsabilidade objetiva, na qual esta é entendida como aquela situação na qual não é necessário que o agente causador do dano tenha realizado as ações que levam ao dano de forma dolosa ou culposa, ou seja, basta entender que a causa do dano seja relacionada à responsabilidade de alguém para que este alguém seja responsabilizado, independentemente de quais foram as suas ações ou intenções

Após toda essa construção, em resposta à pergunta problema, conclui-se que o *compliance officer* é sim um garantidor perante a lei de lavagem de capitais, pois possui deveres específicos de cuidado, proteção, e que, por aceitação contratual, o *compliance officer* se coloca na posição de garante ao aceitar exercer a função de guarda e assistência ao bem tutelado. Além disso, conclui – se, também, que ele não poderá ser meramente responsabilizado por que exerce essa função, se deve comprovar que a sua omissão deu causa ao resultado ou ao risco, tendo em vista que o STF não admite a responsabilização objetiva.

6. REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova de lei de lavagem de dinheiro. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 19, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.875/ AM – Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 07 de dezembro 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810259> >. Acesso em: 20 set. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral – 20° ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRERA, Michelle Giromba. *Compliance* e imputação objetiva criação de risco proibido. In DAVID, Décio Franco (Org), *Compliance* e Direito Penal. São Paula: Atlas, 2015.

CARDOSO, Débora Motta. Criminal Compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: Leberars, 2015. 206 p.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n°280, p.2, 2016.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Lavagem de dinheiro: Legislação brasileira [organizado por]. – Brasília : UNI, 1999, p. 23.

DAVID, Décio Franco (organizador); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (colaboradores). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance e sistema preventivo do controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro*. In: DAVID, Décio Franco (Org), *Compliance e Direito Penal*. São Paula: Atlas, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 953/2016. ES – Espírito Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 06 de setembro 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=127>> Acesso em: 20 set. 2017

ESTELITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n°237, p.2, 2012.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. A importância do *compliance* no novo direito penal espanhol. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 235, p. 11, 2012.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5° ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GRADES, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de lavagem de dinheiro. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 13, 2012.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 6º ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 353p.

RIOS, Rodrigo Sánches. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 10, 2012.

RODRIGUES, Antônio Gustavo. O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1998. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 14, 2012.

SAADI, Ricardo Andrade. O combate à Lavagem de Dinheiro. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 11, 2012.

SAAVEDRA, Giovani. Reflexões Iniciais Sobre Criminal Compliance. *In Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 18. Jan 2011. p. 11).

SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André; *Compliancee erro no Direito Penal*. In: DAVID, Décio Franco (Org.) *Compliance e Direito Penal*. São Paula: Atlas, 2015.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *criminal complianceno* Brasil: primeira abordagem. In: DAVID, Décio Franco (Org), *Compliance e Direito Penal*. São Paula: Atlas, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. 353 p.

SOBRINHO, Fernando Martins Maria. *Compliance e crime culposos: viabilidade*. In: DAVID, Décio Franco (Org), *Compliance e Direito Penal*. São Paula: Atlas, 2015.

TABET, Diogo. Lei de Lavagem de Dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n 237, p. 16, 2012.