

# **OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COM- PLIANCE OFFICER PELO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

# **IMPROPER OMISSION AS A FOUNDATION OF COMPLIANCE OFFICER'S CRIMINAL LIABILITY FOR THE CRIME OF MONEY LAUNDERING**

**Zacarias Alves de Araújo Neto<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela UNIFAP. Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor do Curso de Direito da UNIFAP.

**Débora Passos da Costa<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Bacharela pela Universidade Federal do Amapá.

## RESUMO

Este artigo se propõe a analisar a omissão imprópria como fundamento da responsabilização penal do compliance officer pelo crime de lavagem de capitais, em uma abordagem restrita às instituições financeiras, tendo em vista que este setor figura como um ambiente propício à prática do delito. Desta forma, diante da insuficiência das medidas tradicionais de combate à lavagem de capitais, é necessária a adoção de uma nova política antilavagem, denominada Criminal Compliance. O objetivo central deste artigo é analisar se a omissão imprópria é um fundamento idôneo para responsabilizar o compliance officer pelo crime de lavagem de capitais, colocando-o como garantidor da licitude na instituição. Este profissional possui deveres referentes à prevenção e comunicação de condutas criminosas. Todavia, não há, no direito brasileiro, uma definição sólida acerca da sua responsabilidade pela ocorrência da lavagem de capitais devido ao descumprimento dos deveres de compliance. O método adotado foi o bibliográfico, voltando-se à análise da prevenção da lavagem de capitais nas instituições financeiras, da atuação do compliance officer no setor bancário, dos pressupostos dos crimes omissivos impróprios e do dever de garantia, apresentando-se algumas soluções legislativas. A partir dos estudos realizados, foi possível constatar que a utilização indiscriminada da omissão imprópria como fundamento para a condenação destes profissionais pelo delito de lavagem implica excessos punitivos, o que corrobora a hipótese aventada nesta pesquisa.

**Palavras-chave:** Omissão Imprópria. Compliance Officer. Lavagem de Capitais. Responsabilidade Penal.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the improper omission as a foundation of compliance officer's criminal liability for the crime of money laundering, in an approach restricted to financial institutions, considering that this sector is an environment favorable to the practice of the crime. Therefore, in the face of the insufficiency of traditional anti-money laundering measures, it is necessary to adopt a new anti-laundering policy, called Criminal Compliance. The main objective of this article is to analyze if the improper omission is an adequate basis to blame the compliance officer for the crime of money laundering, placing him as a guarantor of the legality in the institution. This professional has duties related to the prevention and communication of criminal conducts, however there is no solid definition in Brazilian law of his responsibility for the occurrence of money laundering due to non-observance of the compliance duties. The method adopted was the bibliographic, focusing on the analysis of the prevention of money laundering in financial institutions, on the performance of the compliance officer in the banking sector, on the assumptions of omissive-improper crimes and the duty of guarantee, presenting some legislative solutions. From the studies, it was possible to verify that the indiscriminate use of the improper omission as a foundation for the condemnation of these professionals for the crime of money laundering implies punitive excesses, and this corroborates the hypothesis proposed in this research.

**Keywords:** Improper Omission. Compliance Officer. Money Laundering. Criminal Liability.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criminal compliance e a prevenção da lavagem de capitais nas instituições financeiras. 2.1 Prevenção à lavagem de capitais no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Fundamentos da técnica de ação compartilhada. 3. Compliance officer e seus deveres nas instituições financeiras. 3.1. Atuação do compliance officer. 3.2. Sanções administrativas aplicáveis diante do descumprimento dos deveres de compliance. 4. Uso da omissão imprópria na lavagem de capitais. 4.1. Pressupostos dos crimes omissivos impróprios. 4.2. Compliance officer e o dever de garantia. 5. Soluções legislativas. 5.1. Criação de um tipo penal específico. 5.2. Lavagem de capitais culposa. 5.3 Atenuante específica. 6. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A incorporação de mecanismos tecnológicos às atividades desempenhadas pelas instituições financeiras é uma tendência crescente devido à necessidade de proporcionar aos clientes celeridade e confidencialidade na realização das transações bancárias. Entretanto, os avanços propiciados pela tecnologia têm favorecido a expansão da prática do delito de lavagem de capitais, e, por conseguinte, a obstrução da persecução penal.

Neste contexto, as instituições financeiras figuram como um ambiente propício ao cometimento do referido crime, caracterizado pela utilização de procedimentos dinâmicos e especializados, que exigem a adoção de paradigmas de proteção penal diversos dos que sempre foram adotados e que se revelaram ineficazes diante da nova conjuntura. É em meio a este cenário que o *Criminal Compliance* se apresenta como uma alternativa antilavagem de dinheiro, com enfoque na prevenção da responsabilização penal.

A etimologia do termo *compliance* auxilia na compreensão da sua finalidade, pois esta palavra provém do latim *complere*, cujo significado está atrelado à vontade de agir ou de manter uma postura que esteja em conformidade com as normas, regras e condições preestabelecidas. Destarte, o *Criminal Compliance* pode ser definido como um novo modelo regulatório pautado no dever de colaboração dos particulares com o Estado, visando à prevenção da prática de crimes no âmbito empresarial. Impende frisar que, neste Artigo, será conferido destaque ao emprego desta política nas instituições financeiras, optando-se pelo uso do vocábulo em inglês devido ao fato de este já estar consagrado no setor bancário.

Entretanto, para viabilizar a aplicação deste novo padrão de prevenção do crime de lavagem de capitais nas instituições financeiras, mostrou-se oportuna a designação de um profissional (ou de vários profissionais) que se responsabilizasse pela implantação e efetividade do sistema antilavagem. Este profissional é denominado *compliance officer* (oficial de cumprimento). É neste ponto em que se verifica a problemática desta pesquisa, pois há controvérsias quanto à possibilidade de ser imputado a este profissional o cometimento do delito de lavagem de capitais caso ele descumpra algum dos seus deveres referentes à prevenção, informação ou comunicação do crime.

Tal responsabilização estaria pautada – na visão dos que a defendem – na posição do *compliance officer* como garantidor da manutenção de comportamentos lícitos dentro da instituição financeira, sendo-lhe atribuída, portanto, a prática, por omissão imprópria, da lavagem de capitais.

Diante desse panorama, propõe-se a análise do seguinte problema: a omissão imprópria poderia ser considerada um fundamento para atribuição de responsabilidade criminal, por lavagem de capitais, ao *compliance officer* de uma instituição financeira?

A imputação de responsabilidade penal decorrente do mero descumprimento de deveres de *compliance* pode resultar em excessos punitivos. Neste sentido, aventa-se a seguinte hipótese para responder ao problema suscitado neste Artigo:

Revela-se inadequada a atribuição de responsabilidade criminal com fundamento tão somente na inobservância dos deveres impostos pela Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, de modo que, a depender das circunstâncias atinentes a cada caso, a responsabilização deve ser estritamente administrativa.

Destarte, considerando que hodiernamente tem sido outorgada maior relevância à prevenção e ao combate do delito de lavagem de capitais, a opção pela abordagem desta temática se justifica pela necessidade de fomentar os debates e estudos acerca da aplicação das políticas de *compliance* para estes fins, notadamente no que se refere aos limites e parâmetros para a responsabilização dos profissionais incumbidos de implementar esta prática, posto que sua posição ainda não está definitivamente circunscrita no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, o objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar se a omissão imprópria é um fundamento idôneo para atribuição de responsabilidade criminal ao *compliance officer* no âmbito da Lei n.º 9.613, de 1998.

Para viabilizar a condução da referida análise, estabeleceram-se três objetivos específicos, quais sejam:

- a) Identificar a posição do *compliance officer* diante dos deveres impostos pela Lei 9.613, de 1998;
- b) Avaliar as especificidades das funções desempenhadas pelo *compliance officer* de uma instituição financeira;
- c) Apresentar propostas de soluções legislativas que possam viabilizar uma punição mais justa.

No que concerne à metodologia, esta pesquisa adotará a revisão bibliográfica, pois a natureza dos dados consultados derivará de artigos científicos, teses e dissertações acadêmicas, além de obras consideradas referência na exposição do tema. Nesta senda, para viabilizar a compreensão do estudo perpetrado por meio deste Artigo, procedeu-se à sua divisão em quatro partes.

A primeira visa contextualizar a aplicação do *Criminal Compliance* na prevenção da lavagem de capitais no âmbito das instituições financeiras, explicitando os fundamentos para sua utilização no Brasil. Foram utilizados, neste ponto, referenciais teóricos como Saavedra (2012), Moro (2010), Cardoso (2015), Blanco Cordero (1997), Silveira e Saad-Diniz (2015).

Na segunda parte foi dado enfoque ao *compliance officer*, às suas funções nas instituições financeiras e às sanções administrativas previstas na Lei 9.613, de 1998, para os casos em que houver descumprimento dos deveres impostos por este diploma legal.

A terceira parte tem por escopo apresentar a definição dos pressupostos para configuração dos crimes omissivos impróprios, bem como a análise da posição ocupada pelo *compliance officer* sob a ótica do Supremo Tribunal Federal e de autores como Bottini (2016), Costa e Araújo (2014) e Bacigalupo (2011).

Na quarta parte foram expostas algumas sugestões legislativas que objetivam o estabelecimento de uma punição mais justa diante do descumprimento dos deveres de *compliance*, apresentando-se os entendimentos de Barbosa (2010), Quintero (2011) e Munhoz Netto (1983).

Por fim, nas considerações finais, foram explicitadas as principais controvérsias sobre o tema, diante da indefinição acerca dos parâmetros para responsabilização penal do *compliance officer*, apresentando e fundamentando o posicionamento exposto a partir da realização desta pesquisa, inclusive no que concerne às soluções propostas.

## **2 CRIMINAL COMPLIANCE E A PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE CAPITAIS NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

A aplicação das políticas de *Compliance* no Brasil foi iniciada nas instituições financeiras, tendo em vista que este setor possui relevância significativa para a consecução do crime de lavagem de capitais, figurando como um dos setores sensíveis ao delito. Neste contexto, convém analisar como foi efetivada a incorporação, no direito pátrio, dos preceitos voltados ao combate e, notadamente, à prevenção da lavagem perpetrada no âmbito das instituições financeiras.

### **2.1 PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O *Criminal Compliance* é consubstanciado, sob o enfoque deste Artigo, pela obser-

vância às normas referentes à prevenção e ao combate do delito de lavagem de capitais, efetivada mediante a imposição de deveres a sujeitos determinados, que devem atuar no sentido de prevenir, investigar e informar às autoridades competentes acerca dos delitos praticados, sob pena de serem responsabilizados no âmbito administrativo e até mesmo no criminal.

Desta forma, é notório que uma das principais características do *Criminal Compliance* é a ênfase conferida às medidas preventivas, devendo-se ressaltar que

Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise ex post de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o Criminal Compliance trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise ex ante, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal [...] (SAAVEDRA, 2012, p. 23).

Essa peculiaridade também é destacada por Silveira e Saad-Diniz (2015), que emitem uma advertência no sentido de que o *Criminal Compliance* não é simplesmente um modismo, devendo ser entendido como uma nova realidade pertencente a um Direito Penal que também é novo.

No Brasil, o marco da corporificação deste instituto é a Resolução do Banco Central n.º 2.554, de 29 de setembro de 1998, na qual foram estabelecidos mecanismos de controle interno tendentes à fiscalização das atividades bancárias e à obediência das normas aplicáveis ao setor, com o escopo de prevenir e combater o crime de lavagem de capitais.

Entretanto, segundo Cardoso (2015), o texto original da Lei n.º 9.613, de 1998 (Lei de Lavagem de Capitais), que é anterior à edição da Resolução supramencionada, atribuía, mesmo que tacitamente, alguns deveres às instituições financeiras para que prevenissem e combatessem o mascaramento de capitais.

Apesar destas constatações, é inegável que o dever de *compliance* (obrigação de cumprir as normas preventivas e de combate ao delito de lavagem) foi incorporado expressamente ao direito pátrio a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012, que deu nova redação à Lei de Lavagem de Capitais, estabelecendo, no artigo 10, inciso III, o compromisso das instituições financeiras com a implantação de políticas, procedimentos e controles internos que sejam compatíveis com seu porte e volume de operações, possibilitando a efetivação dos deveres de notificação e de registro de informações.

Há, portanto, uma busca por novos mecanismos de prevenção e de repressão ao delito, nos quais, segundo análise realizada por Moro (2010, p.16), “o objetivo é isolar o produto do crime [...]. Na feliz expressão de Kai Ambos, o criminoso ‘deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital sujo’. Acrescente-se: sentado até que o Poder Público venha retirar-lhe o assento.”

Ademais, definiu-se que as entidades deste setor devem atender às requisições apresentadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na periodicidade, forma e condições por ele fixadas, sendo que o sigilo destas informações deve ser preservado. Significa dizer que é vedada a comunicação ao cliente sobre a existência da notificação ou sobre seu conteúdo, para que não haja prejuízo a eventuais investigações.

Nesse diapasão, nota-se que a alteração promovida na Lei de Lavagem de Capitais representou a conversão das políticas de *compliance* em obrigações legais expressas, o que torna irrefutável o dever de colaboração das pessoas físicas e jurídicas com as autoridades no que se refere aos procedimentos adotados para a detecção da ocorrência de lavagem de capitais e à instituição de sistemas antilavagem que previnam o cometimento deste delito (CARDOSO, 2015).

## 2.2 FUNDAMENTOS DA TÉCNICA DE AÇÃO COMPARTILHADA

Hodiernamente, delinea-se um contexto propício à expansão de uma criminalidade organizada, transnacional e liderada por poderosos, constituindo o que Silva Sánchez (2002, p. 80) denominou “criminalidade da globalização”.

As instituições financeiras são utilizadas, neste panorama, como instrumentos para a lavagem de capitais. Em razão da importância destas entidades para o êxito do referido delito, adota-se a técnica da ação compartilhada, em que figuram como atores o Estado e as instituições financeiras.

Ao analisar esta estratégia de colaboração na identificação da prática do mascaramento de capitais, parte-se do pressuposto de que:

É inevitável o trânsito dos recursos pelos setores regulares da atividade econômica para que possam ser usufruídos pelos criminosos, de forma que esses segmentos, pela proximidade que mantêm com os clientes, bem como pela capacitação específica necessária ao desempenho de seus negócios, dispõem de maiores condições para diferenciar as operações lícitas das operações ilícitas. A obrigatoriedade de tais setores participarem do combate à lavagem de dinheiro traz uma eficiência muito maior ao sistema (SAADI, 2012, p. 7-8).

Nesta senda, para ilustrar a utilização das instituições financeiras na consecução do delito de lavagem, deve-se destacar sua relevância na primeira fase do crime, qual seja, a de colocação (*placement*). Na referida etapa, comumente o agente se desfaz do dinheiro colocando-o em contas bancárias.

Logo, é imprescindível que as políticas de *Criminal Compliance* da instituição financeira sejam rigorosamente observadas, pois, de acordo com Cardoso (2015), os funcionários, corrompidos ou intimidados, cooperam com a prática do delito – esta colaboração ocorre, algumas vezes, por meio da omissão quanto a uma regra de *compliance*, permitindo, desta maneira, que o dinheiro (produto de um crime) seja introduzido no sistema financeiro. Estas circunstâncias caracterizam a intitulada “cumplicidade bancária” (BLANCO CORDERO, 1997, p. 74).

Nesse contexto, destaca-se o teor da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1996 (EM 962/MJ), na qual são apresentadas algumas ideias que visam fundamentar a ação compartilhada entre as instituições privadas e o Estado.

83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. [...] 86. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com os seus clientes, dispõem de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas. (BRASIL, 1996).

Pode-se depreender, portanto, que, para o legislador, a responsabilidade deve ser compartilhada entre o Estado e as instituições bancárias devido a dois fatores, quais sejam: a) a utilização deste setor no processo de lavagem e b) como estão diretamente envolvidas com a prática do referido crime, essas entidades têm mais contato com quem o pratica, possuindo, assim, maiores possibilidades de reconhecer uma operação ilícita.

### 3 COMPLIANCE OFFICER E SEUS DEVERES NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Visando à concretização das políticas de compliance no âmbito das instituições financeiras, a Resolução do Banco Central n.º 2.554, de 1998, determinou que as entidades deste setor com atuação no Brasil devem possuir, em sua estrutura hierárquica, no mínimo, um *compliance officer* (oficial de cumprimento).

#### 3.1 ATUAÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER

O profissional que exerce a função de *compliance officer* no setor bancário tem como dever precípua verificar se os mecanismos de controle interno estão em consonância com os parâmetros legais, com as normas internas da instituição e com as regras fixadas pelo Banco Central e por outros órgãos reguladores, a fim de perquirir e impedir a efetuação de transações financeiras que estejam atreladas à lavagem de capitais, à corrupção ou a outros delitos (CARDOSO, 2015).

Esta função será exercida por um cargo de direção, de modo que o oficial de cumprimento deve se reportar diretamente ao conselho de administração ou à presidência. Em alguns casos, dependendo do tamanho da instituição, o *compliance officer* pode ter outros funcionários sob sua hierarquia atuando no setor de *compliance* para assessorá-lo na realização de suas tarefas.

Outrossim, deve-se ressaltar que em alguns bancos as decisões deste profissional, por serem dotadas de complexidade, são submetidas à análise de um comitê de *compliance*, constituído por membros que atuem em outros departamentos. Independentemente do modelo utilizado, é mister que as pessoas que atuem nesta área sejam absolutamente independentes na tomada de decisões.

O *compliance officer* também é responsável pela criação de um sistema de informações voltado à descoberta e à investigação de eventuais crimes que tenham sido cometidos na empresa. Neste sentido, é conferido destaque às denominadas *hotlines*, utilizadas como instrumento para a obtenção de informações (anônimas ou não) que denunciem a ocorrência de situações suspeitas a serem elucidadas.

Além disso, de acordo com a Lei de Lavagem de Capitais, cabe ao *compliance officer* manter atualizados os registros referentes ao cadastro dos clientes (art. 10, inc. I), implantando, desta forma, a política do *know your client* (conheça seu cliente). Da mesma forma, este profissional também é responsável pela conservação dos registros de todas as transações financeiras pelo período mínimo de cinco anos, contados a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação (art. 10, inc. II e § 2º).

Deverá também manter seu cadastro atualizado nos órgãos fiscalizadores ou reguladores (art. 10, inc. IV), atendendo às requisições apresentadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), de acordo com a forma, com as condições e com a periodicidade por este determinada (art. 10, inc. V).

O artigo 11, por sua vez, institui o dever de comunicação, preceituando que o *compliance officer* tem a obrigação de informar às autoridades sobre todas as movimentações que transcendam aos limites estabelecidos pelo Banco Central (inc. I), assim como sobre as transa-

ções que despertem suspeitas quanto à prática de mascaramento de capitais, independentemente de seu valor (inc. II). Ademais, será feita a comunicação até mesmo sobre a inexistência de operações que sejam suspeitas (inc. III).

Convém destacar, ainda, outras funções desse profissional que são relevantes à política antilavagem, a partir de sistematização apresentada por Cardoso (2015):

- a) verificação dos riscos específicos e dos procedimentos a serem implantados;
- b) adoção de um sistema de informações (*hotlines* – que, conforme exposto alhures, funcionarão inclusive para o recebimento de denúncias anônimas), com o objetivo de descobrir e esclarecer crimes;
- c) desenvolvimento de relatórios e de alertas para riscos significativos;
- d) realização de contatos proativos com os órgãos reguladores;
- e) fixação de sanções internas a serem aplicadas caso haja abusos;
- f) acompanhamento dos riscos atrelados à política de compliance para detectar falhas e adotar medidas que possam mitigá-las.

### **3.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICÁVEIS DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE COMPLIANCE**

Caso haja omissão quanto ao dever de informar a realização de operações suspeitas, aplicam-se as sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º 9.613, de 1998, quais sejam: advertência; multa pecuniária que não seja superior ao dobro do valor da operação, ou ao dobro do lucro real auferido ou presumivelmente auferido devido à operação, ou não superior a vinte milhões de reais; inabilitação temporária, por até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das instituições financeiras e cassação ou suspensão da autorização para o desempenho de atividade, operação ou funcionamento.

O artigo 12, § 1º preceitua que a advertência será aplicada às instituições financeiras que descumpram os deveres previstos nos incisos I e II do artigo 10, referentes à identificação e manutenção de cadastro atualizado sobre os clientes e ao registro das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente.

O § 2º do dispositivo supracitado explicita, em contrapartida, que a pena de multa será aplicada às pessoas obrigadas a observarem os deveres de *compliance* caso estas, por culpa ou dolo: a) não sanem, no prazo fixado pelas autoridades, as irregularidades que foram objeto de advertência; b) descumpram os deveres previstos no artigo 10, incisos I a IV, referentes à manutenção de cadastro atualizado dos clientes e das transações com valores demasiadamente elevados; c) não atendam às requisições do COAF; d) não comuniquem as autoridades competentes acerca das operações efetuadas.

A inabilitação temporária, de acordo com o disposto no artigo 12, § 3º, será aplicada quando forem constatadas infrações graves ou quando houver reincidência específica quanto a transgressões que foram anteriormente punidas com multa. A cassação da autorização para o exercício de atividades, operação ou funcionamento de pessoas jurídicas, incidirá, nos termos do artigo 12, § 4º, quando houver reincidência específica em infrações punidas anteriormente com a inabilitação temporária.

Não se pode olvidar que, assim como deve ocorrer em todo processo administrativo, nestes casos é assegurado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 13). Outrossim, o Decreto n.º 2.799, de 8 de outubro de 1998, regulamenta o procedimento para a imposição das sanções não penais dispostas na Lei de Lavagem de Capitais. O órgão competente para processar e julgar os ilícitos administrativos decorrentes do descumprimento dos deveres de *compliance* é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (CARDOSO, 2015).

## 4 USO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NA LAVAGEM DE CAPITAIS

Nos delitos de lavagem de capitais tem ocorrido, gradativamente, a utilização da omissão imprópria como fundamento para atribuição de responsabilidade penal ao *compliance officer* pela prática do mascaramento, devido, notadamente, à inobservância do seu dever de reportar situações atípicas à unidade de inteligência financeira do Brasil (COAF). Desta forma, convém analisar os pressupostos para a configuração de um crime omissivo impróprio e a posição conferida ao oficial de cumprimento neste contexto.

### 4.1 PRESSUPOSTOS DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

As modalidades de lavagem de capitais previstas na Lei n.º 9.613, de 1998, são, em sua maioria, comissivas, de modo que não é possível falar em omissão própria nestes casos. Somente os atos de “guardar” ou “ter em depósito”, previstos no artigo 1º, § 1º, inciso II, admitem a modalidade omissiva sem exigir uma norma geral de adequação. “Para todas as outras condutas, a omissão somente será juridicamente relevante na modalidade imprópria, nos termos do artigo 13, § 2º, do CP” (BOTTINI, 2016, p. 197).

Nos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, o agente tem a obrigação de agir para impedir um resultado. Significa dizer, deve atuar com o objetivo de evitar que determinado evento ocorra. Os elementos dessa forma de omissão, segundo o artigo 13, § 2º do Código Penal, são os seguintes: a) abstenção da atividade imposta pela norma; b) ocorrência do resultado típico devido à omissão; c) existência de situação que configure o dever de agir.

Neste contexto, segundo o magistério de Bitencourt (2014, p. 311):

Esses sujeitos relacionados assim de maneira especial, com determinados interesses jurídicos, são chamados de garantidores, que, segundo Sauer, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo Direito.

Desta forma, para que seja configurado um crime omissivo impróprio faz-se imperiosa a existência de três pressupostos, quais sejam:

a) Poder de agir: é necessário que o agente tenha a possibilidade física de agir. Logo, é insuficiente o dever de agir. Diante desse cenário, não seria possível, portanto, responsabilizar criminalmente o *compliance officer* se a estrutura da empresa não permite que ele possa desempenhar adequadamente suas tarefas.

b) Evitabilidade do resultado: se a realização da conduta é suficiente para evitar o resultado, conclui-se que sua omissão se torna causa do resultado. Entretanto, se a realização de uma conduta não tem o condão de impedir que o resultado se ultime, ocorrendo mesmo que o sujeito tenha agido, conclui-se que esta omissão não foi a causa do resultado.

Nestas circunstâncias, não é possível atribuir o resultado àquele que se omitiu. Para ilustrar o teor deste pressuposto, trazendo-o para o contexto analisado neste Artigo, pode-se considerar que o *compliance officer* só responderia por crime omissivo impróprio caso fosse demonstrado efetivamente que a prática dos deveres de *compliance* teria reduzido o perigo de lavagem.

c) Dever de impedir o resultado: não é suficiente a constatação de que o agente poderia agir e de que o resultado não teria ocorrido caso ele não tivesse se omitido. É mister ainda que o sujeito tenha o especial dever de evitar o resultado, ou seja, é necessário que ele seja garantidor.

## 4.2 COMPLIANCE OFFICER E O DEVER DE GARANTIA

O terceiro pressuposto para configuração dos crimes omissivos impróprios é, indubitavelmente, o que gera maiores controvérsias devido à colocação do *compliance officer* como garantidor da não ocorrência da lavagem de capitais.

Conforme explicitado anteriormente, os profissionais e instituições que atuam em setores sensíveis possuem obrigações de natureza administrativa, como o dever de conservar informações sobre os clientes e de informar a existência de operações suspeitas. Entretanto, para Bottini (2016, p. 199-200):

Isso não necessariamente significa uma atribuição expressa do dever de garantia, pois a norma estabelece a obrigação de contribuir com as autoridades de investigação – sistematizando informações e informando atividades suspeitas – e não o dever de impedir práticas de lavagem. [...] Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da **Lei n.º 9.613/1998 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria.** (Grifou-se).

Ainda segundo o referido autor, mesmo que as regras administrativas fossem consideradas fontes do dever de garantia, a mera inobservância destas e o não impedimento da lavagem seriam insuficientes para justificar a responsabilidade por omissão, pois não se pode olvidar a necessidade de perquirir se houve capacidade de impedimento e dolo de resultado.

Destarte, deve-se comprovar que o *compliance officer* tinha ciência do contexto em que a lavagem de capitais foi perpetrada, de que conhecia seu dever de garante e de que detinha instrumentos aptos a interromper o processo criminoso.

Outrossim, é imprescindível que seja demonstrado o dolo, pois, *in casu*, a desídia e a imprudência não bastam, posto que o crime de lavagem de capitais, no direito pátrio, só existe na modalidade dolosa. É neste aspecto em que se encontra o principal entrave para definir uma punição adequada, tendo em vista a dificuldade em discernir se a conduta omissiva é dolosa (punida pela Lei de Lavagem) ou se consiste em uma conduta omissiva culposa (atípica).

Sob esse prisma, Costa e Araújo (2014) também se opõem ao tratamento conferido ao *compliance officer* como se este profissional fosse sempre um garantidor, pois consideram que sua função restringe-se a alertar sobre os riscos, não sendo correto partir do pressuposto de que possa e deva fazer o impossível para impedir o cometimento do delito na instituição financeira, pois, se isso fosse verdade, ele deveria ser o executivo principal, e não integrante de um setor de assessoria.

Entrementes, há outra vertente que atribui a este profissional a qualidade de garantidor. Neste sentido:

[...] acredita-se que o *compliance officer* ao mesmo tempo em que protege os interesses da instituição financeira, evitando, por exemplo, a ocorrência de fraudes ou danos à sua reputação, tem como foco principal de seu trabalho a proteção de riscos que possam ocorrer a terceiros, vítimas direta ou indiretamente de crimes. Dessa forma, **ao assumir essa posição, gera para si a obrigação legal de evitar riscos que possam afetar a terceiros, e se coloca na posição de garantidor nos termos da lei penal** (CARDOSO, 2015, p. 63, grifou-se).

Ao que tudo indica, foi este o posicionamento exposto pelo Supremo Tribunal Fe-

deral, ao julgar a Ação Penal 470 (caso do Mensalão), na qual três dirigentes do Banco Rural foram condenados pela prática de lavagem de dinheiro na modalidade omissiva, tendo em vista que eram os responsáveis pela área de *compliance* da instituição e teriam sido omissos quanto ao seu dever de prevenir a consecução do crime.

[...] A atuação da instituição financeira foi fundamental para a prática do delito. Basta, num simples exercício mental, suprimir na cadeia causal os atos atribuídos aos dirigentes do Banco Rural para se verificar que o crime imputado não se consumaria. E, como alhures exposto, **os dirigentes tinham o dever de evitar a prática criminosa (obrigação legal, garante) e, de fato, também eram os responsáveis pela área de combate à lavagem de dinheiro.** (BRASIL, 2012).

Impende frisar que foram feitas muitas críticas ao referido julgamento no que concerne à condenação por condutas omissivas. Os defensores do primeiro entendimento apresentado neste artigo aduzem que os Ministros condenaram os réus devido apenas ao cargo que estes ocupavam, como uma forma de impedir que fossem absolvidos por insuficiência probatória.

O posicionamento adotado pelo STF está, entretanto, coadunado ao do Supremo Tribunal Federal Alemão, que em 2009, ao julgar seu *leading case* sobre a responsabilidade penal de um *compliance officer*, também o erigiu à posição de garante. Na Espanha, segundo Bacigalupo (2011), ainda não há um entendimento uníssono quanto a este tema, mas, assim como no Brasil, há uma tendência em atribuir a este profissional o dever geral de garantia.

Para Bottini (2016), a utilização da omissão imprópria e a consequente presunção de que existe um dever de garantia são instrumentos empregados a fim de superar as dificuldades em comprovar a efetiva participação de determinados profissionais na prática da lavagem - o que promove uma aproximação da responsabilidade objetiva.

Esta visão é compartilhada por Saad-Diniz (2013, p. 9-10), que, ao analisar a decisão supramencionada, asseverou que “o STF definiu também o sentido criminal dos programas de *compliance*, mas desde uma interpretação duvidosa, porque nem sempre o simples descumprimento significa a prática de um delito [...]”.

## 5 SOLUÇÕES LEGISLATIVAS

A ampliação dos debates acerca dos parâmetros para responsabilização do *compliance officer* tem viabilizado a eclosão de novas sugestões, com o objetivo de estabelecer uma punição mais justa.

### 5.1 CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO

Em 1992, a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) - criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) para desenvolver mecanismos de combate ao narcotráfico e à lavagem de dinheiro – aprovou o Regulamento Modelo sobre os crimes desta natureza, no qual foi sugerida a criação de um tipo penal que abarcasse a conduta das instituições financeiras e de seus funcionários que descumprissem as regras atinentes ao *compliance*. A legislação brasileira, contudo, não atendeu a essa recomendação.

Barbosa (2010) defende esta solução sob a justificativa de que as varas federais especializadas no julgamento dos crimes econômicos e do mascaramento de capitais têm utilizado tipos penais próprios da Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional), para reprimir o descumprimento dos deveres de colaboração.

Não obstante a criação de um tipo penal específico represente a definição dos parâmetros punitivos, essa medida poderia gerar uma quantidade exorbitante de condenações, pois a Lei de Lavagem já apresenta, conforme fora exposto neste Artigo, sanções administrativas que são suficientes para coibir a omissão dos deveres de *compliance*.

## **5.2 LAVAGEM DE CAPITAIS CULPOSA**

A modalidade culposa do crime de lavagem de capitais se manifesta, de acordo com Cardoso (2015), quando o lavador não tem condições de saber que a origem do dinheiro é ilícita, mas poderia ou deveria presumir esta informação a partir do contexto fático; insta dizer, é a ausência de cautela em sua atuação que propicia a ocorrência da lavagem.

Como não há tipificação legal da modalidade culposa, esta, por óbvio, não possui sanção. Entretanto, na prática, constata-se que condutas culposas têm sido punidas como se fossem dolosas, para evitar que seus agentes fiquem impunes. Esta é, indubitavelmente, uma incongruência, pois uma condenação a título de culpa só é factível mediante a existência de expressa previsão legal – o que não existe até o presente momento.

Há, contudo, críticas a esta sugestão no sentido de que a criação de uma modalidade culposa para a lavagem de capitais implicaria a distorção dos objetivos do setor bancário, pois, para evitar uma possível responsabilização penal, este concentraria sua atuação nas atividades de *compliance*, em detrimento de seus negócios (QUINTERO, 2011).

## **5.3 ATENUANTE ESPECÍFICA**

Outra sugestão de inovação legislativa trazida à baila com o objetivo de propiciar uma punição fundada na equidade é o estabelecimento de uma atenuante específica, incidente nos casos em que a lavagem de capitais for por omissão imprópria. Esta medida estaria pautada na menor gravidade destas condutas, tendo em vista que:

O juízo de censura pessoal que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o produzir através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo. Excetuam-se os casos em que há uma relação particularmente íntima entre o garantidor e o lesado (ex.: mãe e filho menor), circunstância capaz de aumentar a censura [...] (MUNHOZ NETTO, 1983).

No Brasil, entre os partidários desta ideia pode-se citar Cardoso (2015), que considera a inserção de uma atenuante facultativa específica na Lei n.º 9.613, de 1998, uma medida que promove a efetivação da dosimetria da pena de maneira justa, uma vez que a reprovação social em relação a um crime cometido por omissão imprópria é inferior àquela decorrente de uma conduta comissiva na prática da lavagem de capitais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A postura adotada pelo Poder Judiciário, pelas instituições fiscais e autoridades policiais tem assumido novas nuances diante da profissionalização dos agentes que atuam nos processos criminosos. Essa especialização é patente no que tange ao delito de lavagem de capitais, caracterizado eminentemente pela constante modificação e dinamização das estratégias de mascaramento.

Nesse contexto, diante da ineficácia dos padrões usuais de combate a este delito, fez-se necessária a implementação de novos paradigmas de proteção penal antilavagem de capitais. Para viabilizar a concretização desta política, foi criada a função do *compliance officer*, o qual, conforme fora exposto neste artigo, é o responsável pelo sistema de prevenção, informação e comunicação de eventuais condutas criminosas no âmbito da instituição financeira.

Todavia, a imputação de responsabilidade penal a este profissional diante do descumprimento de um de seus deveres tem sido realizada de maneira desarrazoada, pois não há, no direito pátrio, uma definição clara dos parâmetros em que esta responsabilização deve ocorrer.

Assim, nota-se a ausência de preocupação em perquirir se de fato estão presentes os pressupostos para a configuração do delito de lavagem de capitais por omissão imprópria, sendo-lhe atribuído o cometimento do crime com fundamento tão somente na função por ele desempenhada. Nesse ínterim, constata-se uma alarmante aproximação da malfadada responsabilidade objetiva.

É irrefutável a relevância da incorporação das medidas de *compliance* pelas instituições financeiras, tendo em vista que esse setor consubstancia um instrumento para o delito de lavagem. Entretanto, não se pode admitir que essas medidas sejam utilizadas indiscriminadamente para fundamentar a punição de condutas omissivas como se estas fossem comissivas, gerando excessos punitivos.

Desta forma, tem-se notado uma tendência em responsabilizar o *compliance officer* a título de dolo quando, em verdade, sua conduta foi negligente, devido ao descumprimento de seus deveres de *compliance* – e, portanto, atípica para fins de condenação por lavagem de capitais.

Essa postura do Poder Judiciário está pautada na considerável reprovação social a este tipo de crime, notadamente diante do contexto enfrentado pelo Brasil nos últimos anos devido aos escândalos de corrupção, que, inevitavelmente, estão intimamente atrelados à lavagem de capitais.

Entretanto, mesmo com manifestas deficiências referentes ao acervo probatório,

condenações têm sido ultimadas sob o fundamento de que foi praticado o crime de lavagem por omissão imprópria, sem, contudo, analisar com acuidade as circunstâncias fáticas.

Assim, considerando o clamor social por respostas efetivas a esses crimes, o Poder Judiciário, para evitar absolvições por insuficiência de provas, opta pelas punições mais gravosas, apesar de não haver respaldo para sua incidência.

Impende frisar que este artigo Científico não defende a impunidade dos profissionais que colaborem com a prática da lavagem de capitais por meio de suas funções.

Defende-se, em contrapartida, que a atribuição desta responsabilidade seja pautada na apuração de fatos que confirmam aos julgadores a nítida convicção acerca dos elementos subjetivos, para que não recaia sobre o *compliance officer* a responsabilidade por um delito que ele não cometeu.

Outrossim, não se revela adequada a colocação “automática” deste profissional como garantidor da prática de condutas lícitas dentro da instituição financeira, pois não se pode olvidar que a apuração de infrações penais, conforme preceituado no artigo 144, § 4º da Constituição Federal, é uma atribuição da polícia, não sendo factível responsabilizar penalmente um particular pela falha no processo de prevenção ou combate à lavagem de capitais.

Portanto, as dificuldades enfrentadas pela polícia judiciária no processo investigatório não são aptas a justificar a transferência de uma competência que lhe foi constitucionalmente atribuída. Ressalte-se, contudo, que a técnica da ação compartilhada deve ser preservada por estabelecer uma colaboração entre o Estado e as instituições financeiras.

A crítica feita neste trabalho se refere ao fato de responsabilizar criminalmente o *compliance officer* devido ao descumprimento de um dos deveres atinentes à prevenção, informação ou comunicação de delitos. A depender das circunstâncias – *in casu*, se a omissão foi culposa -, as sanções administrativas são suficientes para punir a ausência de cautela no exercício funcional.

Por esta razão, não se considera cabível, neste Artigo, a proposta referente à criação de um novo tipo penal para punir o descumprimento dos deveres de *compliance*, pois seria apenas mais uma expressão da inflação legislativa brasileira. Não se pode ignorar, portanto, que o direito penal figura como *ultima ratio*.

Em contrapartida, as propostas referentes ao acréscimo de uma modalidade culposa na Lei de Lavagem de Capitais e de uma atenuante facultativa específica para as hipóteses em que o delito for cometido por omissão imprópria mostram-se viáveis, visto que propiciariam a fixação de uma dosimetria mais justa, realizada em consonância com as peculiaridades de cada situação.

Diante destas considerações, nota-se que a hipótese aventada nesta pesquisa foi confirmada, posto que existe a premente necessidade de empreender maior acuidade no julgamento de casos que envolvam o descumprimento dos deveres de *compliance* no âmbito das instituições financeiras, pois nem sempre sua inobservância configurará crime. Assim, a omissão imprópria não deve ser utilizada como fundamento para condenações se não estiverem presentes os pressupostos para sua configuração, que são aferíveis no caso concreto.

Conclui-se, portanto, que diante da ineficiência do mero recrudescimento das sanções penais, a adoção de um novo paradigma de política antilavagem revelou-se conveniente. Entretanto, ainda é necessário que os liames e parâmetros desta nova política sejam definidos, para que não haja subversão dos objetivos das medidas de *compliance*, tornando sua inobservância justificativa para condenar, de modo indiscriminado, os particulares que têm o dever de zelar pelo seu cumprimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Economia. *Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998* (EM 962/MJ). Brasília, DF: Ministério da Justiça, 18 dez. 1996. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. *Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n.º 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em: 17 mar. 2017.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Arazandi, 2011.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, Taadaqui; BALTAZAR JR., José Paulo (Org.). *Curso de direito penal modular*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v.2, p. 491-510.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A omissão e suas formas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308-314.

BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.197-201.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da AP 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, v. 106, p. 215-230, jan/fev.2014.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista da AJURIS*, n. 29, nov. 1983. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/66f8c/66fb-f/6708b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 12 fev.2017.

QUINTERO, Luis Bernardo Quevedo. *La culpa en el lavado de activos*. Una extrapolacion no viable. Colombia: Felaban, 2011.

SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n. 237, p. 7-8, ago. 2012. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro). Acesso em: 17 mar. 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 21, n. 242, p. 9-10, jan. 2013. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4801-O-modelo-brasileiro-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro-as-repercussoes-da-Acao-Penal-470](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4801-O-modelo-brasileiro-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro-as-repercussoes-da-Acao-Penal-470). Acesso em: 17 mar.2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Síntese*, Porto Alegre, v.13, n. 75, p. 22-30, ago/set. 2012.

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

**Artigo submetido em: 03-01-2019**

**Artigo aceito em: 25-06-2020**

