ILANA MARTINS LUZ

A responsabilidade penal por omissão e os programas de *compliance*

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Dr.ª Janaina Conceição Paschoal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

ILANA MARTINS LUZ

A responsabilidade penal por omissão e os programas de *compliance*

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob a orientação da Professora Associada Dr.ª Janaina Conceição Paschoal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Luz, Ilana Martins
A responsabilidade penal por omissão e os programas de compliance / Ilana Martins Luz ; orientadora Janaina Conceição Paschoal -- São Paulo, 2017.
302

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito. 2. Direito penal econômico - Brasil. 3. Programas de compliance. 4. Responsabilidade por omissão. I. Paschoal, Janaina Conceição, orient. II. Título.

LUZ, Ilana Martins. *A responsabilidade penal por omissão e os programas de* compliance. 2017. 303 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof.ª Dr.ª Janaina Conceição Paschoal
Instituição: Universidade de São Paulo
Julgamento: _____

Prof.(ª) Dr.(ª) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof.(ª) Dr.(ª) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof.(ª) Dr.(ª) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof.(ª) Dr.(ª) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Dentre a pluralidade de sentimentos humanos, considero a gratidão o mais nobre destes, pois nos permite realizar a importante tarefa de reconhecer e retribuir, ainda que minimamente, o que as demais pessoas realizaram em nosso benefício. Em um mundo de tantas atrocidades e egoísmo, saber que existem muitos que se dedicam a fazer o nosso bem é um acalento.

Chegada esta etapa final, não poderia deixar, em primeiro lugar, de agradecer a Deus, por ter me permitido embarcar nessa dificultosa jornada, com saúde para seguir firme e forte superando todas as dificuldades, desde as cansativas semanas de ponte aérea até a coragem para embarcar no desconhecido mundo de chamar, de realidade, a “dura poesia concreta” das esquinas de Sampa.

Não posso esquecer, também, de agradecer aos meus pais, Iara e Everaldo, pelo amor sem medidas, pelos valores que me foram ensinados, e por sempre empreenderem, incessantemente, esforços pessoais para que eu conseguisse realizar os meus sonhos. Agradeço, ainda, aos meus dindos, tios, primos e minhas afilhadas, sempre presentes, com muito amor, nas etapas mais importantes da minha vida.

À professora Janaina Paschoal, meu agradecimento, de coração, pela oportunidade de ser sua orientanda e poder absorver as lições da sua experiência. Não me recordo de ter conhecido alguém com tamanha coragem em relação aos desafios da vida, tampouco com uma dedicação ímpar ao trabalho e à vida acadêmica.

Ao meu sócio Brenno Cavalcanti, minha gratidão desmedida não só pela amizade que temos, mas, também, pelo reflexo desta no entendimento e suporte pelas minhas frequentes ausências ao longo do doutorado.

Aos amigos João Glicério, Ana Thereza e Kim Gabriel, meu muito obrigada pela amizade e pelo imprescindível auxílio para a finalização desta tese.

Quero agradecer, ainda, às Professoras Marina Pinhão Coelho e Helena Lobo, pelas importantes lições a mim gentilmente fornecidas durante a banca de qualificação.

Demonstro minha gratidão, também, a Universidade Salvador (UNIFACS),

da qual sou Professora das cadeiras de Direito Penal, pelas horas de pesquisa que foram imprescindíveis ao desenvolvimento desta tese.

Agradeço, ainda, aos professores Selma Santana e Fernando Santana, grandes mestres do Direito, responsáveis pela minha formação e paixão pelo Direito Penal.

Por fim, mas jamais menos, agradeço a você, Victor Falcão Sande, pelo amor que construímos, por ser meu companheiro de todas as horas e por sempre ser meu ponto de apoio todas as vezes que pensei em desistir. Te amo!

RESUMO

LUZ, Ilana Martins. *A responsabilidade penal por omissão e os programas de* compliance. 2017. 303 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta tese é destinada a avaliar a repercussão do descumprimento dos deveres de *compliance* previstos nas Leis Brasileiras de Lavagem de Capitais e Anticorrupção para a responsabilidade penal por omissão imprópria dos gestores das sociedades anônimas e limitadas e responsáveis pelos programas de *compliance*. Preliminarmente, buscou-se realizar considerações sobre o conceito, evolução do *compliance*, e a incorporação deste mecanismo de autorregulação regulada pelo Direito Penal Econômico, em sua nova abordagem preventiva, para, em seguida, tratar da positivação e das peculiaridades do tema no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Em momento posterior, apresenta-se a moldura abstrata eficaz para o cumprimento dos deveres de *compliance*, bem como as peculiaridades que devem ser observadas para a implementação de programas específicos voltados à prevenção da Lavagem de Capitais e da Corrupção. Realiza-se, também, a revisão bibliográfica das posições sobre a responsabilidade penal por omissão decorrente da inobservância dos deveres de *compliance*. Obedecendo-se à linearidade do raciocínio e necessidade de fixação de premissas para responder ao problema posto, também foram apresentados o conceito e a natureza da omissão, diferenças entre as espécies dos crimes omissivos e requisitos da estrutura típica dos crimes omissivos impróprios. Ao final, após delimitados os requisitos da estrutura típica do crime omissivo, discorreu-se sobre a concatenação destes com os deveres de *compliance*, no sentido de limitar a atribuição de responsabilidade no caso do descumprimento dos mencionados deveres.

Palavras-Chave**:** *Compliance*. Autorregulação regulada. Lavagem de capitais. Corrupção. Responsabilidade penal por omissão.

ABSTRACT

LUZ, Ilana Martins. *Criminal liability and compliance programs*. 2017. 303 pp. Thesis – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

This thesis aims to evaluate the repercussion of breaches of the compliance duties provided in Brazilian Anti Money Laundering and Anti corruption laws which provide criminal liability for omission of the managers of limited liability companies and those responsible for compliance programs. Firstly, it was sought to make considerations about the concept, the evolution of compliance, and the incorporation of this self-regulation mechanism regulated by Economic Criminal Law, in its new preventive approach, to then deal with the positivation and the singularities of the subject in the Brazilian Legal System. Later, the effective hypothetical framework for the fulfillment of compliance duties is presented, as well as the particularities that must be observed in order to implement specific programs aimed to prevent Money Laundering and Corruption. The bibliographic review of /opinions on criminal liability for omission arising from breaches of compliance duties is also carried out. Following the line of thought and the need to establish premises in order to answer the problem, there were also presented the concept and nature of omission, differences between the types of omissive crimes and requirements of the typical structure of inappropriate crimes. In the end, after establishing the requirements of the typical structure of the omissive crime, the connection of these requirements with the compliance duties was also discussed, with a view of limiting the attribution of responsibility in cases of breaches of the mentioned duties.

Keywords: Compliance. Regulated self-regulation. Money laundering. Corruption. Criminal liability for omission.

RÉSUMÉ

LUZ, Ilana Martins. *La responsabilité pénale pour omission et les programmes de compliance*. 2017. 303 p. Thèse – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Cette thèse a pour objectif d'évaluer la répercussion du non-respect des devoirs de *compliance* prévus dans les Lois Brésiliennes contre le Blanchiment de Capitaux et Anticorruption sur la responsabilité pénale pour omission des dirigeants des sociétés anonymes à responsabilité limitée et responsables des programmes de *compliance*. Dans un premier temps, on a cherché à faire des considérations sur le concept, sur l'évolution du *compliance*, et sur l'incorporation de ce mécanisme d'autorégulation régulée par le Droit Pénal Économique, dans sa nouvelle approche préventive, abordant ensuite la positivation et les particularités de ce sujet dans l'Ordre Juridique Brésilienne. Par la suite, le cadre abstrait efficace pour le respect des devoirs de *compliance* est présenté, ainsi que les particularités qui doivent être observées dans la mise en œuvre de programmes spécifiques destinés à la prévention du Blanchiment de Capitaux et de la Corruption. La révision bibliographique des positions sur la responsabilité pénale pour omission dérivée de la non-observance des devoirs de *compliance* est aussi effectuée. Dans le but d'obéir à la linéarité du raisonnement et au besoin de fixer des prémisses pour répondre au problème proposé, le concept et la nature d'omission ont aussi été présentés, tout comme les différences entre les types de délits omissifs et les conditions de la structure typique des délits omissifs impropres. Finalement, après la délimitation des conditions de la structure typique du délit omissif, la concaténation de ce crime avec les devoirs de *compliance* a été abordée, dans le sens de limiter l'attribution de responsabilité dans le cas de non-respect desdits devoirs.

Mots-clés: *Compliance*. Autorégulation régulée. Blanchiment de capitaux. Corruption. Responsabilité pénale pour omission.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 CRIMINAL COMPLIANCE: A FACE PREVENTIVA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO 16

2.1 "SER" *COMPLIANCE*: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO 16

2.2 GOVERNANÇA CORPORATIVA, *CRIMINAL COMPLIANCE* E DIREITO PENAL ECONÔMICO 22

2.2.1 Governança corporativa e *compliance* 22

2.2.2 A governança corporativa, *compliance* e o direito penal econômico 32

2.2.2.1 Do "Velho" ao "novo" Direito Penal Econômico: breves considerações sobre as políticas de heterorregulação e autorregulação na economia e suas respectivas influências no Direito Penal 32

3 *CRIMINAL COMPLIANCE* NO DIREITO BRASILEIRO 45

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES 45

3.2 *COMPLIANCE* E PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS 46

3.2.1 O crime de Lavagem de Capitais: breves notas sobre as tipologias do delito e o bem jurídico resguardado 47

3.2.2 Marco legal internacional da prevenção à Lavagem de Capitais .. 56

3.2.3 Marco legal brasileiro 58

3.2.3.1 Considerações dogmáticas sobre o crime de Lavagem de Capitais na lei brasileira 63

3.3 PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO 76

3.3.1 Breves notas sobre a corrupção 76

3.3.2 A prevenção à corrupção na legislação dos Estados Unidos: *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA) 83

3.3.3 *U.K. Bribery Act* 88

3.3.4 O sistema brasileiro anticorrupção 90

3.3.4.1 Comentários críticos sobre a Lei n. 12.846/2013 91

4 REQUISITOS BÁSICOS DE UM PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EFICAZ 102

4.1 ANÁLISE DO AMBIENTE INTERNO 103

4.2 MAPEAMENTO DE RISCOS 109
4.3 COMPROMETIMENTO DA ALTA CÚPULA 113
4.4 ELABORAÇÃO DE DOCUMENTOS ESCRITOS 115
4.5 REALIZAÇÃO DE TREINAMENTOS 117
4.6 NOMEAÇÃO DE UM RESPONSÁVEL PELO *COMPLIANCE* 118
4.7 CANAIS DE DENÚNCIA INTERNOS E EXTERNOS 120
4.8 PROCEDIMENTOS SANCIONATÓRIOS 121
4.9 MONITORAMENTO, ANÁLISE E REVISÃO DO PROGRAMA 122
4.10 A ANÁLISE DA EFICÁCIA NOS CASOS CONCRETOS 123
4.11 A ESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ESPECÍFICO PARA A PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS .. 129
4.11.1 Mapeamento de riscos 130
4.11.2 Elaboração de documentos escritos 133
4.11.2.1 Dever de identificação 134
4.11.2.2 Dever de diligência 135
4.11.2.3 Dever de registro 138
4.11.2.4 Dever de exame 139
4.11.2.5 Dever de comunicação 140
4.11.2.6 Dever de conservação 141
4.11.2.7 Dever de sigilo 141
4.11.2.8 Dever de colaboração 142
4.11.2.9 Dever de recusa 142
4.11.2.10 Dever de abstenção 146
4.11.3 Formação e treinamento de funcionários (dever de formação) .. 149
4.11.4 Designação de um *compliance officer* 149
4.11.5 Outros requisitos 150
4.12 A ESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ANTICORRUPÇÃO 150
4.12.1 Mapeamento de riscos 151
4.12.2 Políticas e procedimentos escritos 154
5 AS REPERCUSSÕES DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO DIREITO PENAL REPRESSIVO 158
5.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO 164

5.1.1 A polêmica sobre a natureza e o conceito da omissão 166
5.1.2 Omissão *versus* ação: critérios distintivos..... 175
5.1.3 Espécies de crimes omissivos 183
5.1.4 A (in)constitucionalidade e (i)legitimidade dos delitos omissivos impróprios 185
5.1.5 Breves notas sobre estrutura típica dos crimes omissivos impróprios 188
5.1.5.1 O dever de garante e o seu fundamento 189
5.1.5.2 A capacidade de ação do omitente..... 204
5.1.5.3 A análise do nexo causal nos crimes omissivos..... 205
5.1.5.4 O tipo subjetivo 209
5.1.5.5 Responsabilidade por omissão imprópria e crimes executados por outrem..... 211
6 INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE *COMPLIANCE* E A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO: (IM)POSSIBILIDADES, LIMITES E DESAFIOS 214
6.1 A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE* NA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO 214
6.2 EXISTE DEVER DE GARANTE DOS SUJEITOS RELACIONADOS AOS DEVERES DE *COMPLIANCE* SOCIEDADE EMPRESÁRIA?.. 216
6.2.1 Definição e recorte dos sujeitos da sociedade empresária relacionados ao programa de compliance 216
6.2.1.1 Gestores de pessoas jurídicas..... 217
6.2.1.1.1 Sociedades limitadas 218
6.2.1.1.2 Sociedade anônima 224
6.2.1.2 Responsável pelo Setor de Compliance..... *230*
6.2.2 Há dever de garante em relação ao crime de Lavagem? 231
6.2.2.1 Dever de garante em decorrência da lei..... 232
6.2.2.2 Dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade 242
6.2.2.3 Dever de garante pela posição de ingerência 246
6.2.3 Há dever de garante em relação ao crime de Corrupção? 250
6.2.3.1 Dever de garante em decorrência da lei..... 250
6.2.3.2 Dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade 252
6.2.3.3 Dever de garante pela posição de ingerência 252

6.3 A OMISSÃO DOS SUJEITOS RELACIONADOS AOS DEVERES DE *COMPLIANCE*: NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO COMPORTAMENTO ATIVO E OMISSIVO 253
6.4 A RELAÇÃO DA ESTRUTURAÇÃO ADEQUADA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* COM OS REQUISITOS DOS CRIMES OMISSIVOS 255
7 CONCLUSÃO 264
REFERÊNCIAS 283

1 INTRODUÇÃO

A presente tese versa sobre o novo modelo de Direito Penal Econômico, focado em uma perspectiva preventiva, voltada à mitigação dos riscos de ocorrência de crimes no exercício da atividade empresarial. Este novo modelo de Direito Penal Econômico é caracterizado pela autorregulação regulada da economia pelo Estado, por meio da qual este ente, a partir de previsões legais, fomenta ou impõe aos particulares um determinado modelo de organização, fiscalização e regulamentação dentro da pessoa jurídica capaz de prevenir crimes e, assim, diminuir os riscos relacionados à atividade econômica empresarial. Estas previsões legais de autorregulação regulada referidas à organização empresarial receberam o nome de Programas de *Compliance.*

A autorregulação regulada na atividade econômica, embora não seja novidade nos estudos de gestão de pessoas jurídicas e, até mesmo, em outros ramos do ordenamento, passou a se desenvolver em relação às questões de Direito Penal Econômico em tempos mais recentes. É de se destacar que as implicações da autorregulação regulada em matéria de infrações econômicas deram-se, com mais vigor, a partir da promulgação de importantes dispositivos Legais nos Estados Unidos, a exemplo do *Foreing Corrupt Practices Atc*, Lei *Sarbannes-Oxley* e Lei *Dodd-Frank*. No Brasil, observa-se que a positivação da autorregulação regulada ganhou notoriedade após a reforma da Lei de Lavagem de Capitais em 2012, bem como com a promulgação da Lei da Empresa Limpa, que pune pessoas jurídicas em casos de corrupção e outros atos lesivos à administração pública. Por força disto, tais diplomas legais foram escolhidos para a análise nesta tese.

O novo modelo de Direito Penal Econômico, ora descrito, nasce com objetivos marcadamente preventivos, com o fim de oferecer respostas às crises econômicas que não foram satisfatoriamente resolvidas com a versão tradicional repressiva. Nada obstante, é possível observar que, muito embora este novo modelo tenha finalidade, aprioristicamente, preventiva, as previsões estatais relativas aos programas de *compliance* e à autorregulação regulada trouxeram discussões dogmáticas em matéria de Direito Penal Repressivo. Na revisão bibliográfica de obras que cuidam desta temática, expostas ao longo desta tese,

foi possível verificar análises jurídicas relacionadas a dois grupos de problemas: a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a responsabilidade penal de pessoas físicas relacionadas à sociedade empresária.

Para os limites desta tese, o recorte temático escolhido foi a responsabilidade penal por omissão das pessoas físicas relacionada aos programas de *compliance*. O problema aqui proposto, portanto, refere-se às consequências que o descumprimento das previsões de autorregulação regulada e da implementação adequada de programas de *compliance* pode gerar para a responsabilidade penal por omissão dos sujeitos da pessoa jurídica com poder de gestão sobre a sociedade ou sobre o programa de *compliance*. Foge ao limite temático desta tese a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A escolha deste recorte temático para a realização de tese de doutoramento em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo surgiu durante o curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico, na *Universidad Castilla-La Mancha* na cidade de Toledo, Espanha, em janeiro de 2013. Nesta oportunidade, em uma das aulas, ministrada pelo Professor Eduardo Demétrio Crespo, foi aventada a hipótese de responsabilização criminal dos gestores de entes coletivos pela simples inobservância das regras relacionadas à estruturação adequada do programa de *compliance*. Após a finalização do curso, já com as pesquisas iniciadas em relação a este problema de estudo, foi possível observar, no Brasil, julgados importantes nos quais se utilizou, como justificativa para subsidiar a condenação de réus, a inobservância das regras de *compliance*, a exemplo do que ocorrera na Ação Penal 470 (famoso caso Mensalão) e no caso da Lavagem de Capitais de recursos criminosos obtidos com o assalto ao Banco Central ocorrido na cidade de Fortaleza, Ceará.

Tais foram as razões para o surgimento e desenvolvimento da curiosidade acadêmica que redundou na presente escolha, com o objetivo geral de investigar se o descumprimento das regras de autorregulação regulada e da implementação adequada de um programa de *compliance* enseja a responsabilidade penal a título de omissão.

O objetivo geral exposto acima somente pode ser alcançado após o desenvolvimento de alguns objetivos específicos, pressupostos para a resolução do problema posto. São objetivos específicos a análise sobre o conceito, surgimento e evolução da autorregulação regulada e dos programas de

compliance, o estudo do modelo preventivo no ordenamento jurídico pátrio e o estabelecimento das premissas sobre a omissão e os elementos da estrutura típica. Somente após fincadas estas premissas, será possível investigar se a inobservância das regras, por si só, enseja responsabilidade penal por omissão.

No que tange à metodologia de trabalho, a tese que ora se introduz assumirá contornos mistos, podendo ser caracterizada, em parte, como um *trabalho de compilação* e, em outra parte, como *trabalho de investigação*.

Primeiramente, o trabalho será de compilação porque será a reunião e análise crítica de posicionamentos científicos anteriormente expostos sobre o Direito Penal Econômico, sistema preventivo de *compliance*, efeitos econômicos das condutas de Lavagem e de Corrupção e responsabilidade penal por omissão. Neste campo, o trabalho não objetiva ser original, mas, somente, compilar os posicionamentos da doutrina pátria e estrangeira. Essa compilação prévia se mostra essencial, ainda que em um trabalho original como uma tese de doutorado, para assentar as bases e premissas para a hipótese original que será construída na segunda parte.

Em um segundo momento, após o estudo de compilação, será realizado um trabalho de investigação, com vistas a traçar a viabilidade e os limites que devem ser impostos em matéria de responsabilização penal por omissão nas hipóteses de inobservância ou descumprimento das previsões de autorregulação regulada e dos programas de *compliance*. A contribuição original à ciência jurídica brasileira pode ser vista a partir da abordagem realizada, que visa a individualizar, de forma inédita, a responsabilidade penal a título de omissão imprópria conjugando-se os elementos da estruturação adequada do programa de *compliance* com os requisitos do tipo omissivo impróprio.

Ainda no que concerne à metodologia do trabalho, é de se pontuar que, quanto ao procedimento técnico utilizado, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica – com a revisão de livros e publicações periódicas científicas relacionadas aos objetivos gerais e específicos propostos – bem como a pesquisa do tipo documental, com o levantamento de Leis, Projetos de Leis, Regulamentações internacionais, Códigos de Conduta de Sociedades empresárias.

O primeiro capítulo desta tese é reservado ao tratamento da faceta preventiva do Direito Penal Econômico, consubstanciada na previsão dos deveres de *compliance*. Neste capítulo, apresentar-se-á, em primeiro lugar, o conceito de

compliance, para, em seguida, cuidar do desenvolvimento deste enquanto um dos pilares da Boa Governança das organizações. Após fincadas estas premissas, tratar-se-á das interfaces entre o *compliance* e a Boa Governança das organizações com o Direito Penal Econômico, no sentido de demonstrar como e porque este incorporou a autorregulação regulada e os deveres de *compliance* como um novo mecanismo, de viés preventivo. Este capitulo inicial tem a função primordial de introduzir conceitos uteis e situar o leitor na temática do novo Direito Penal Econômico, que se desenvolveu com o objetivo de conferir uma esperança à atuação penal na regulação da economia, com o fim de prevenir crises econômicas que não foram afastadas ou minoradas com a formulação tradicional deste subrramo.

No segundo capítulo, tratar-se-á das previsões *compliance* e da autorregulação regulada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, recortando-se a análise à Lei de Lavagem de Capitais e à Lei anticorrupção, por serem os diplomas mais relevantes em território pátrio sobre a questão, que ensejam as maiores discussões em matéria de responsabilidade penal omissiva. Para que seja possível tratar dos deveres de *compliance* positivados no território pátrio, é essencial a apresentação das Legislações Antilavagem de Capitais e Anticorrupção, bem como análise dogmática das referidas figuras criminosas.

No terceiro capítulo, serão estabelecidas as premissas para a adequada implementação de um programa de *compliance* com base em requisitos extraídos de regulamentações nacionais e internacionais. Neste mesmo capítulo, haverá o estudo dos requisitos específicos para os programas de *compliance* anticorrupção e antilavagem de capitais.

No quarto capítulo, tratar-se-á dos pressupostos que devem ser observados para a responsabilidade penal a título de omissão, com a realização da revisão bibliográfica sobre a natureza e o conceito de omissão, bem como dos requisitos dogmáticos para a verificação da tipicidade nos crimes omissivos.

Por fim, no quinto e ultimo capítulo, após fincados todos os pressupostos necessários, discorrer-se-á sobre o problema posto, no sentido de investigar se a inobservância dos deveres de *compliance* conduz, ou não, à responsabilização penal a título de omissão em relação aos sujeitos reesposáveis pela sociedade empresária ou pelo Programa de *Compliance*.

2 *CRIMINAL COMPLIANCE*: A FACE PREVENTIVA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Esta tese tem o objetivo de tratar sobre a existência, ou não, de responsabilidade penal por omissão em casos de inobservância de deveres de autorregulação regulada para a implementação de um adequado Programa de *Compliance* no âmbito da sociedade empresária. Para o desenvolvimento desta temática, faz-se necessário, em princípio, discorrer sobre os programas de *compliance* e a autorregulação regulada, bem como sobre as interfaces deste com a reformulação do Direito Penal Econômico.

2.1 "SER" *COMPLIANCE*: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO

A palavra *compliance* tem ganho notoriedade entre os juristas no Brasil e nos países em geral, sendo objeto de muitos estudos dogmáticos e criminológicos, alguns deles citados ao longo desta tese.

Numa primeira apreciação, é importante perquirir o seu significado, para que, em seguida, sejam feitas as considerações devidas. Neste sentido, *compliance* é uma palavra da língua inglesa, advinda do verbo *to comply* que significa cumprir, estar de acordo, em conformidade com algo[1]. Como um conceito relacional, *compliance* representa o cumprimento de regras, que podem ser jurídicas ou técnicas em sentido amplo[2]. Trazida para o ambiente jurídico, especialmente o Direito Penal Econômico, a palavra expressa a conformidade com o Ordenamento Jurídico, o cumprimento das normas a que a empresa, seus diretores e funcionários estão sujeitos.

A aproximação ao conceito em estudo deixa claro que, quando se trata de *compliance*, não é possível limitar o fenômeno ao Direito Penal, mas ao cumprimento de regras em sentido amplo, que podem ser técnicas ou jurídicas, e, dentre estas jurídicas, podem ser de cunho criminal. É de se asseverar, inclusive, que, nos outros ramos do ordenamento, a discussão sobre *compliance* não é

[1] Tradução livre da autora.
[2] ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance. *Derecho penal contemporáneo*: revista internacional, Bogotá, n. 50, p. 79-108, jan./mar. 2015, p. 81.

nova[3]. O Direito Penal ocupou-se desta questão de forma tardia, porém as implicações são tão profundas e pertinentes que o tema tem recebido considerável atenção, como já se afirmou. E, tendo em vista o impacto que o tema possui na Teoria do Delito, optar-se-á por referi-lo, nesta tese, apenas em relação ao aspecto criminal, ou seja, concernente ao cumprimento de regras jurídicas de natureza criminal, embora seja possível ter em mente que *compliance* refere-se ao Ordenamento, e que não há como cumprir as normas penais sem a obediência às demais normas constantes no Direito.

Assim, preliminarmente, *criminal compliance* relaciona-se ao cumprimento das normas jurídico-penais no seio da sociedade empresária, referindo-se à evitação de crimes relacionados com determinada atividade empresarial. Este significado básico, no entanto, não resume o fenômeno que ora se estuda. De fato, se *compliance* significasse, somente, o cumprimento das normas, não haveria qualquer novidade que justificasse o *frisson* em relação ao tema, uma vez que, no Estado de Direto, pessoas físicas e jurídicas sempre estiveram obrigadas ao cumprimento das normas jurídicas.

Neste sentido, é importante assinalar que, quando se refere ao *criminal compliance*, a carga de significado que se extrai não se resume ao mero e simples cumprimento das normas que conglobam o Ordenamento Jurídico e sim na autorregulação da sociedade empresária com repercussões no Direito Penal Repressivo, ou seja, na criação de *um mecanismo estruturado e ordenado na e pela sociedade empresária para propiciar que esta, seus funcionários e diretores cumpram adequadamente o que determinam as leis, minorando os riscos criminais e as responsabilidades referentes ao exercício daquela atividade*. O tema possui de novo, portanto, não o cumprimento puro e simples das normas, mas os mecanismos internos que serão aplicados com o objetivo de organizar a atividade empresarial e os presentantes da sociedade empresária, evitando ou minorando a prática de crimes.

Segundo Ivó Coca, a palavra *compliance* representa “um conjunto de medidas tendente a garantir que todos e cada um dos membros de uma empresa, desde o presidente do conselho de administração até o ultimo empregado,

[3] ROTSCH, 2015, p. 80.

cumpram com os mandatos e as proibições jurídico-penais"[4].

Ulrich Sieber assevera que os programas de *compliance* são medidas de cunho preventivo estabelecidas pela direção empresarial, que orientam condutas pautadas em valores éticos, com o fito de impedir a criminalidade empresarial[5].

Jesús-María Silva Sánchez complementa, assinalando que, nos programas de *compliance*, observa-se a vigilância empresarial em relação aos ilícitos, por meio da adoção de mecanismos de autorregulação que tratam de "neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo favorecedoras de ilícitos" e de "incentivar culturas de grupo de fidelidade ao direito"[6], implantados por decisão das pessoas físicas que administram e controlam a sociedade empresária.

No Brasil, Bruno Maeda assinala que se entende por programas de *compliance* os "esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa"[7].

A palavra *compliance*, portanto, refere-se à correta organização empresarial para evitar ou minorar os riscos a que a atividade está sujeita, por meio de um conjunto de procedimentos e medidas dirigido a criar a cultura interna de cumprimento das normas jurídicas de natureza penal.

Resta evidente, portanto, que ao se tratar de *compliance*, o objetivo primordial é de cunho preventivo e não repressivo, embora a não prevenção possa ensejar discussões em matéria de repressão e responsabilização, nos termos que se discorrerá no momento oportuno.

O cumprimento do ordenamento jurídico, com a criação de mecanismos empresariais internos estruturados para evitar o cometimento de crimes, embora

---

[4] COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55. No original: "por compliance hay quese entender aquel conjunto de medidas tendiente a garantizar que todos y cada uno de los membros deuna empresa, desde el consejo de administración hasta el ultimo empleado, cumplan com los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, em caso de infracción, sea posible su descumprimento y adequada sanción."

[5] SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: uma nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013a, p. 64.

[6] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013a, p. 100.

[7] MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167.

confira mais densidade significativa à palavra em estudo, permanece representando uma obviedade, pois todas as pessoas jurídicas que atuam no mercado enquanto sujeitos de direito e de obrigações deveriam ser autorreguladas de forma tal. Nada obstante, nem sempre o cumprimento de normas jurídicas foi uma preocupação na *cultura empresarial tradicional, pois estar em conformidade, muitas vezes, pode entrar em rota de colisão com outros objetivos de mercado, a exemplo maximização do lucro, da eficiência e da busca de controle e hegemonia no mercado*[8].

De certa maneira, Edwin Sutherland já se referia a esta desconformidade nos primórdios[9] da discussão sobre a criminalidade empresarial, ao tratar da teoria da associação diferencial. Sutherland se opunha às premissas criminológicas dos positivistas, que associavam o crime aos fatores patológicos, sociais ou pessoais[10]. Segundo autor, essas teorias não deviam prosperar porque não ajustam solidamente a informação sobre a conduta delitiva e, em segundo lugar, porque os casos em que se baseiam essas teorias são apenas uma parcela da criminalidade, mas não a totalidade de comportamentos desviantes. Nessa esteira, afirma o autor que a pobreza e as patologias não podem explicar muitos dos delitos relacionados com as condutas delitivas, como a alta incidência dos crimes em homens e não em mulheres[11], por exemplo.

A criminalidade, dentre esta, a empresarial, poderia ser explicada, segundo Edwin Sutherland, à luz da teoria da associação diferencial. Segundo ele, o crime dos poderosos era entendido como comportamento padrão no meio social em que era realizado e, por conta disso, apresentava-se aos agentes de

---

[8] Cf. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 33-34: "[...] tiene uns especial relevância el valor del cumplimiento del derecho, que, obviamente, puede estar em colisión, por ejemplo, com el fin ultimo de uma sociedade anónima de generar valor para los acionistas o com las finalidades que de ella se derivan: la eficie ca, la competitividade, la exigência de controles, la racionalidade de la producción, etcétera. [...] La cuestión puede adquirir características especiales cuando la tension se plantea entre los objetivos especificamente económicos y el cumprimento del derecho. Por ejemplo: el máximo rendimento al menor costo puede estar em contradicción com el cumplimiento de la legislación para la protección de médio ambiente o la lobre competência."

[9] Muito embora Sutherland não tenha sido o primeiro a analisar a criminalidade empresarial, por ele referida de criminalidade de colarinho branco, suas contribuições foram marcantes neste setor, sendo frequentemente citadas neste aspecto. Neste sentido, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013b, p. 33.

[10] SUTHERLAND, Edwin. *El delicto de cuello blanco*. Traducción del ingles de Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999, p. 61.

[11] Ibid., p. 63.

forma menos reprovável do que furtos, roubos e delitos associados à criminalidade tradicional de massas. Esses comportamentos, tidos por normais, eram assimilados pelos agentes sociais das classes abastadas, sendo frequentemente reiterados por representarem a "forma socialmente admitida de se fazer negócios"[12]. O comportamento criminoso, portanto, seria um comportamento aprendido no meio em que se vive.

Além disso, afirma Sutherland que as pessoas da classe socioeconômica alta são mais poderosas política e financeiramente e escapam de condenações de forma muito mais fácil do que não tem esse poder[13]. Assim, as pessoas ricas podem recorrer a advogados hábeis e fugir dessas estatísticas e não ser vistos como criminosos.

A teoria de Edwin Sutherland deve ser vista com ressalvas, pois nem todo sujeito que gere uma pessoa jurídica voltada para a atividade empresarial é, necessariamente, criminoso, e nem todos que veem determinadas condutas sendo executadas de forma ilegal e, por vezes, criminosas tem o desejo de copiá-las. Não existe determinismo estrito neste campo. No entanto, as afirmações de Sutherland servem para auxiliar na reflexão e compreensão de que, em muitos casos, *o comportamento tido como conforme ao Ordenamento não é interessante do ponto de vista dos negócios, sendo a conduta ilícita/criminosa tolerada e repetida no meio para a maximização do lucro e bem estar dos sócios e administradores.*

Em pesquisa realizada pela organização não-governamental (ONG) Transparência Brasil e pela Kroll[14], no ano de 2002, sobre fraude e corrupção, os dados são preocupantes. A pesquisa contou com a participação de 84 sociedades empresárias, a respeito de fraude, e 92 sociedades nos temas relacionados à corrupção, situadas, majoritariamente, na região sudeste do Brasil. As pesquisas foram realizadas com membros do alto escalão (presidência e diretoria), médio escalão (gerencia) e com assessores (auditores, advogados e analistas). No sumário analítico, tem-se que:

> A cobrança de propinas é tida como muito ou um tanto frequente em quase todos os serviços públicos analisados. Os itens 'permissões e

[12] COSTA, 2013b, p. 35.
[13] SUTHERLAND, 1999, p. 97.
[14] KROLL; TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Fraude e corrupção no Brasil*: a perspectiva do setor privado. [S.l.: s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/kroll-final.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

> fiscalização', 'polícia' e 'licitações públicas' receberam as piores médias, e privatizações a melhor. [...]
> Um terço das empresas diz que a corrupção é prática aceita em seu setor. A maioria das empresas (72%) declara possuir código de conduta que proíbe a corrupção de forma explícita.[15]

Extrai-se, da pesquisa em comento, que o pagamento de corrupção não é afastado na prática das empresas pesquisadas, sendo, inclusive, expediente aceito no setor segundo 1/3 das sociedades pesquisadas. Mesmo aquelas que possuem código de conduta proibindo a corrupção de forma explícita – um dos mecanismos de *compliance*, consoante se verá a seguir – considera a conduta aceita no mercado para atingir determinados fins econômicos, o que demonstra que a proibição não é incorporada com seriedade.

Segundo pesquisa realizada pela KPMG no Brasil[16], de 500 alto executivos de grandes sociedades empresárias do país, 62% acreditam que sua empresa participaria de algum ato de corrupção, 17% afirmam não ter certeza e apenas 21% afirmaram que a sociedade à qual estão vinculados não realizaria ato de corrupção. No que tange aos concorrentes, 60% dos executivos acreditam que a concorrência realiza atos de corrupção com frequência.

A Transparência Internacional, no ano de 2011, publicou o *Bribe Payers Index*[17] (índice de pagadores de suborno, em tradução livre). Trata-se de pesquisa feita com mais de 3.000 altos executivos das organizações ao longo de 28 países do globo sobre o pagamento de corrupção a entes públicos ou privados. Na pesquisa, questionou-se aos executivos "qual a frequência de pagamento de corrupção pelos representantes das empresas sediadas no seu país". Num índice de 0 a 10, no qual 10 corresponde à percepção de que as organizações nunca corrompem e 0 corresponde à percepção de que sempre corrompem, o maior índice foi de 8,8, na Holanda, e o menor foi de 6.1, na Rússia. Em outros termos, os executivos da Holanda acreditam que os seus colegas pagam menos propina do que os executivos da Rússia. O Brasil obteve o

---

[15] KROLL; TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2002, p. 3.

[16] KPMG BRASIL. *62% dos empresários acreditam que sua empresa participaria em corrupção*. [São Paulo], 27 fev. 2014. Publicação. Disponível em: <http://www.kpmg.com/br/pt/estudos_analises/artigosepublicacoes/paginas/release-62porcento-empresarios-brasileiros-acreditam-que-sua-empresa-participaria-de-um-ato-de-corrupcao.aspx>. Acesso em: 5 jun. 2015.

[17] HARDOON, Deborah; HEINRICH, Finn. *Bribe payers index 2011*. [S.l.]: Transparency International, 2011. Disponível em: <http://www.transparency.org/bpi2011/results>. Acesso em: 5 jun. 2015.

score de 7.7, ficando em 14º lugar na pesquisa[18].

De acordo com o relatório sobre corrupção no em transações internacionais, da *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) ou, em vernáculo, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 53% dos casos analisados de corrupção envolveu altos executivos ou gestores que pagaram ou autorizaram a prática de corrupção[19].

Com base em todos esses dados, o enfoque no *compliance* vem como forma de interferir na cultura de se fazer negócios, delimitando que a correta forma de atuar no mercado deve levar em consideração o cumprimento das leis, notadamente as de cunho penal. Segundo Marcelo Coimbra e Vanessa Manzi Binder, ”o *compliance* passa a ser entendido como modelo de negócio”[20], sendo visto, no mundo atual, como uma necessidade para as organizações, com o intuito de minorar a prática de ilegalidades e crimes, mitigar a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas e respeitar a ética no mundo dos negócios.

2.2 GOVERNANÇA CORPORATIVA, *CRIMINAL COMPLIANCE* E DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.2.1 Governança corporativa e *compliance*

Os programas de *compliance* guardam intrínseca relação com a Governança Corporativa, representando um dos pilares das recomendações de Boas práticas em gestão de sociedades empresárias. Desta forma, é imprescindível, para a compreensão do contexto que envolve o *compliance* e suas respectivas implicações a responsabilidade criminal, tecer comentários sobre a governança corporativa.

A governança corporativa pode ser entendida, em uma primeira acepção, como um conjunto de fundamentos que consubstanciam a condução ética aos

---

[18] HARDOON; HEINRICH, 2011, p. 7.

[19] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD foreign bribery report*: an analysis of the crime of bribery of foreign public officials. [S.l.], 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 10.

[20] COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

negócios[21]. A expressão é fruto da tradução brasileira mais aceita do termo *Corporate Governance*. Conquanto seja a expressão mais corrente na doutrina pátria, sofre algumas críticas pertinentes. Segundo Arnoldo Wald, a expressão mais adequada para cuidar da temática seria "Governo das Empresas"[22], uma vez que as corporações tem o sentido de associações profissionais na língua portuguesa.

Em verdade, nem a tradução para o vernáculo tampouco a sugestão de Arnoldo Wald são adequadas, uma vez que, em matéria de Governança, não se cuida apenas de estabelecer padrões éticos para a condução dos negócios, mas das organizações de um modo geral, de sorte que as expressões "Governança Corporativa" ou "Governo das Empresas" culminam por limitar a abrangência da temática, reduzindo o alcance e a complexidade do fenômeno. Neste sentido, o *Código das melhores práticas de governança corporativa*, na introdução, assinala que, embora desenvolvido, inicialmente, para empresas, o documento pode ser utilizado e adaptado para toda e qualquer organização, a exemplo do "terceiro setor, cooperativas, estatais, fundações e órgãos governamentais"[23].

Nada obstante, em virtude de ser a tradução mais aceita na doutrina pátria, utilizar-se-á, neste estudo, a expressão em comento, para facilitar a compreensão.

Embora o tema não se restrinja às sociedades empresariais, o desenvolvimento da temática da Governança Corporativa está umbilicalmente ligado a fatores micro e macroeconômicos, às alterações do capitalismo, bem como ao desenvolvimento do papel das sociedades empresárias neste contexto.

Apenas para elucidar, de forma breve, as aludidas transformações, é importante citar o intenso crescimento das organizações e o expressivo poderio econômico destas, verificado com a recuperação do sistema capitalista após o *crash* da Bolsa em 1929[24]. A expressividade econômica das sociedades empresárias e o alcance que estas possuem no cenário global atual, hoje, podem

---

[21] ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa*: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

[22] WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de direito bancário*, do mercado de capitais e da arbitragem, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 53-78, jan./mar. 2002.

[23] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo, 2009, p. 15.

[24] ROSSETTI; ANDRADE, op. cit., p. 58.

ser apresentados em números, trazidos por Rosseti[25], o qual, baseado em dados da *Fortune*, afirma que, em 2010, o total das receitas das 500 maiores Sociedades mundiais representava 41% do Produto Mundial Bruto, e, neste mesmo ano, apenas 28 países conseguiam superar a receita operacional das 5 maiores organizações do mundo. O autor prossegue afirmando que o valor de mercado das companhias aumentou 432,99% em 21 anos, o que, quando comparado à expansão do Produto Mundial Bruto, representa o aumento duas vezes maior. Apenas esses poucos dados evidenciam a magnitude que as sociedades representam, hoje, no cenário econômico mundial.

O expansivo crescimento, ilustrado em dados numéricos nas linhas anteriores, deu-se, entre outras razões, em virtude da evolução tecnológica, da expansão demográfica, aumento da produção (produção em série), desenvolvimento do mercado de capitais, expansão do processo de globalização (com a consequente transnacionalização das empresas) e, em virtude das relações entre o poder público e o poder econômico[26].

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, o crescimento vertiginoso das sociedades foi auxiliado, também, pela adoção de um sistema acionário aberto, a partir da subscrição pública de emissões de capital, em muitos casos por investidores institucionais, como fundos de pensão. A abertura de capital para o mercado acionário proporcionou a multiplicidade de acionistas, os quais passaram a deter apenas uma parcela das ações da sociedade. Segundo dados de Nelson Siffert Filho[27], nos Estados Unidos, em 1994, apenas 1,5% dos acionistas detinham de 75 a 100% das ações das organizações e 2,1% detinham de 50 a 75% das ações. Estes números fazem concluir que 96,4% dos acionistas detém menos de 50% das ações das sociedades, divididos da seguinte forma: 66% dos acionistas detém até 10% das ações, 17,4% detém de 10 a 25% das ações e 12,9% possuem de 25 a 50% das ações. Vislumbra-se, portanto, que a grande maioria dos acionistas não detém o controle da companhia[28], o que

[25] ROSSETTI; ANDRADE, 2012, p. 63.
[26] Ibid., p. 64.
[27] SIFFERT FILHO, Nelson. Governança corporativa: padrões internacionais e evidências empíricas no Brasil nos anos 90. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 1-23, jun. 1998. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev906.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014, p. 9.
[28] Consoante afirma Nelson Siffert Filho, propriedade dispersa é também vislumbrada na Inglaterra e em menor extensão na Holanda. Cf. Ibid., p. 9.

caracteriza o fenômeno alcunhado de pulverização do capital acionário.

No contexto de pulverização, segundo assinala Randall Morck, foi possível observar a profissionalização da gestão das sociedades, notadamente com a contratação de executivos com formação para gerir[29]. A gestão ficaria, então, a cargo de profissionais com formação específica e responsabilidade de condução dos negócios da sociedade outorgada pelos acionistas. A profissionalização originou a autonomia dos gestores em relação aos acionistas, o que, por seu turno, proporcionou mais facilidades para que aqueles atuassem de forma a privilegiar seus respectivos interesses – com a fixação de remuneração e bônus astronômicos – em detrimento dos interesses da sociedade e dos acionistas. Além disso, a expansão de gestores e administradores profissionais conduziu à assimetria de informações entre estes e os acionistas, potencializando situações de conflito[30] que vão influenciar no desenvolvimento de algumas práticas, recomendações e exigências de Governança Corporativa.

No Brasil, assim como em muitos países europeus, a realidade empresarial apresenta contornos distintos da que se verifica nos Estados Unidos. Isto porque, segundo dados trazidos por Nelson Siffert Filho[31], em terras Brasileiras, ocorre o fenômeno oposto à pulverização do capital: a concentração do capital entre poucos acionistas controladores. O conflito que surge desta estrutura de capital é diferente dos conflitos vislumbrados na pulverização. Enquanto que na estrutura pulverizada dos Estados Unidos e Reino Unido verifica-se o conflito entre os acionistas e os executivos da sociedade, no Brasil, o conflito observado ocorre entre os majoritários e os minoritários. A realidade diferenciada vai contribuir para que as práticas de governança se desenvolvam de forma distinta do que ocorreu nos Estados Unidos.

As estruturas econômicas apresentadas – de pulverização de capital e conflito entre executivos e acionistas, de um lado, ou de concentração de capital e conflito entre majoritários e minoritários, de outro, – vão propiciar o

---

[29] MORCK, Randall. *A history of corporate governance around the world*: family business groups to professional managers. Chicago: University of Chicago, 2005, p. 2.

[30] Esse conflito de interesses é tratado, sob a perspectiva econômica, à luz da Teoria da Agência. Não é objetivo deste texto aprofundar a análise sobre a Teoria da Agência, mesmo porque, pelos objetivos aqui propostos, isto desvirtuaria a análise e conduziria ao tratamento superficial da questão. Para maiores elucidações sobre os conflitos de interesse e a Teoria da Agência, cf. JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of financial economics*, Amsterdam, v. 3, n. 4, p. 305-360, out. 1976.

[31] SIFFERT FILHO, 1998, p. 9.

desenvolvimento da governança corporativa, com o estabelecimento de práticas e recomendações de boa governança na gestão das sociedades.

Nada obstante, nem todas as regras de governança são criadas e desenvolvidas em consideração aos conflitos que surgem da relação entre acionistas controladores, executivos e acionistas minoritários. Há previsões voltadas à proteção de outros sujeitos que se relacionam com a organização, a exemplo dos credores e dos trabalhadores[32], os quais tem interesses a serem preservados, notadamente diante da relação atual entre as organizações e a sociedade. A depender do foco das recomendações ou exigências de governança, será possível adotar duas classificações: *shareholder oriented* – focado nos interesses e nos conflitos que prejudicam os acionistas – ou *stakeholder oriented* – focado nos interesses de outros sujeitos, como trabalhadores, credores e consumidores.

A governança corporativa é pautada em cinco valores fundamentais: a) transparência (*disclosure*), no sentido de primar pela abertura de informações relevantes sobre o desenvolvimento financeiro da organização e outras informações relevantes à longevidade desta; b) prestação de contas (*accountabillity*), que consiste na adequada abertura das contas da sociedade, à luz das práticas mais aceitas de auditoria e contabilidade; c) justiça (*fairness*), entendida como o tratamento adequado e justo dos sócios e demais *stakeholders*; d) responsabilidade corporativa, consistente na ideia de que os agentes da governança (sócios, administradores, conselheiros fiscais e auditores[33]) devem atuar em busca da perenidade e sustentabilidade das organizações, devendo ter consciência do seu papel e ser responsabilizados pelos atos lesivos praticados; e) e, por fim, o que mais interessa para esta tese, a conformidade (*compliance*), que estabelece a necessidade de observância aos parâmetros legais para a evitação de riscos a que a companhia está sujeita.

Esses valores da governança estão presentes nos conceitos e nas legislações e regramentos vigentes sobre a matéria. Apenas para exemplificar, o Código de Boas Práticas de Governança Corporativa estabelece o conceito desta expressão como:

> [...] o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários,

[32] ROSSETTI; ANDRADE, 2012, p. 132.
[33] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2009, p. 19.

> Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade.[34]

Os valores da Governança Corporativa mencionados acima podem ser atingidos com o auxílio de mecanismos de controle internos e externos, a exemplo de padrões legais, *gatekeepers*, padrões de auditoria dispostos em algumas legislações. Dentre marcos legais importantes da Governança Corporativa, foram selecionados dois, a saber, a Lei *Sarbanes-Oxley*, promulgada nos Estados Unidos, e o Regulamento do Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), no Brasil. Em todos esses diplomas, tratou-se das boas práticas de governança corporativa, notadamente do *compliance*, nos termos que serão expostos a seguir.

A Lei *Sarbanes-Oxley*, também frequentemente denominada *Sox*, foi fortemente influenciada pelo contexto histórico de fraudes corporativas no mercado acionário dos Estados Unidos, no ano de 2002. A *Sox* apresenta-se como a reformulação e legalização de boas práticas de governança corporativa no cenário dos Estados Unidos, com o fito de recuperar a credibilidade dos investidores no mercado de capitais. Conforme afirmou George W. Bush, então presidente dos Estados Unidos, tratava-se da maior reação às práticas do mercado americano desde Franklin Delano Rossevelt, referindo-se, logicamente, ao *New Deal*[35], instituído após o crash de 1924.

Este diploma foi fortemente influenciado pelo contexto histórico de grandes escândalos, fraudes no mercado corporativo e falências de grandes sociedades, que causaram bilhões em perdas de acionistas, custaram milhares de postos de trabalho[36] e contribuíram para a perda da credibilidade da população e dos acionistas no funcionamento das sociedades empresárias do mercado acionário. Dentre os notáveis casos de fraude corporativa no mercado acionário dos Estados Unidos, é de se destacar o caso Enron, já exaustivamente mencionado nas linhas anteriores.

---

[34] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2009, p. 19.

[35] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities and Exchange Commission. *The laws that govern the securities industry*. [Washington, D.C.], 2014. Página informativa. Disponível em: <http://www.sec.gov/about/laws.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2014..

[36] BRICKEY, Kathleen F. Enron's legacy. *Buffalo criminal law review*, v. 8, n. 1, p. 221-276, abr. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=556405>. Acesso em: 15 nov. 2014, p. 1.

O escândalo da Enron permitiu que os investidores do mercado fizessem novas exigências de transparência e lisura aos gestores das sociedades. Paul Atkins, Comissário da Securite and Exchange Comission (SEC) – órgão estadunidense regulador dos valores mobiliários, com atuação semelhante à Comissão de Valores Mobiliários Brasileira – em discurso proferido em novembro de 2002, assinalou, com base em pesquisas, que 70% dos investidores acreditavam que os problemas contábeis das sociedades estavam ferindo o mercado financeiro e apenas 51% dos empregados acreditavam na honestidade dos gestores das organizações[37]. A imagem das sociedades empresárias, dos seus gestores e, via de regra, do funcionamento do mercado em geral estava desgastada.

Diante deste contexto assinalado, a *Sox* é editada com o propósito de reformular as práticas de governança corporativa, transformando-as em exigências legais de autorregulação das sociedades, vislumbradas nos seus onze títulos. A frase de inauguração do texto da *Sox* é muito significativa do propósito desta lei: "proteger os investidores, melhorando a precisão e confiabilidade das disposições corporativas feitas de acordo as leis de valores mobiliários e outros fins"[38].

A *Sox* tem como destinatários as sociedades empresárias registradas no mercado de ações dos Estados Unidos, que transacionem ações neste mercado, que sejam obrigadas a divulgar a seção 15(d) do *Securities Exchange Act* de 1934, e, por fim, até mesmo aquelas cujo registro não tenha se tornado efetivo na SEC (seção 2, item 07).

As disposições contidas na *Sox*, positivam regras baseadas nos princípios da governança corporativa, quais sejam, conformidade (adoção do código de ética, conforme estabelecido pela seção 406), prestação de contas (regras específicas de revisão dos relatórios contábeis, criação de comitê de auditoria, independência dos auditores, respectivamente previstos nas seções 302, 205 e 201), transparência (divulgação dos relatórios financeiros, vedação ao *insider*

[37] ATKINS, Paul S. *Speech by SEC Commissioner*: remarks at the Federalist Society 20th Annual Convention. Washington, D.C., 2002. Disponível em: <http://www.sec.gov/news/speech/spch111402psa.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

[38] UNITED STATES OF AMERICA. 107th Congress. Public law 107-204. Sarbanes-Oxley Act of 2002. Washington, D.C., 30 jul. 2002. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014, tradução nossa. No original: "To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes".

trading, no título IV e na seção 306, respectivamente), equidade (vedação a empréstimos dos diretores, seção 402) e responsabilidade corporativa (seção 304 e títulos VIII e IX)[39].

O título III traz a previsão de responsabilidade corporativa dos diretores executivos e financeiros, que deverão assinar uma declaração de que revisaram os relatórios financeiros, os quais, baseados no conhecimento do diretor, não possuíam quaisquer informações inverídicas ou informações relevantes, bem como apresentavam a real situação financeira da empresa (Seção 302). Importante afirmar que, neste título, há a previsão de sanções aos diretores que descumprirem as suas obrigações. Na seção 304, prevê-se que se houver a necessidade de retificação dos relatórios financeiros, em virtude da má administração do diretor financeiro ou executivo, este deverá devolver à empresa os bônus e compensações baseadas nos aludidos relatórios financeiros, além dos benefícios obtidos com a venda de títulos da companhia, ambos no período de 12 meses. Há, ainda, proibições de utilização de informação privilegiada, *insider trading* (seção 306).

No título VIII, verificam-se as previsões de responsabilidade criminal. A seção 802 traz a previsão de tipos penais incriminadores específicos para algumas situações problemáticas que se tornaram públicas após o escândalo da Enron. Dentre os crimes, há o de "destruir, alterar ou falsificar documentos ou recordações ou objetos com o intuito de obstruir, impedir ou influenciar investigações criminais em caso de falências"[40]. Trata-se de crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. O segundo crime tipificado na *Sox* refere-se à destruição de relatórios de auditoria, apresentando-se como um crime próprio dos contadores que realizam as auditorias nas empresas. Há, ainda, outro crime, que consiste em débitos por violação às leis securitárias. Na seção 805, vislumbra-se a revisão da *Federal Sentencing Guidelines*, com previsões de delitos de obstrução da justiça e expressivas fraudes criminais.

Na linha da responsabilidade criminal, o título IX traz a previsão dos crimes de colarinho branco, a exemplo de conspiração para a fraude (seção 902), realização de fraudes postais ou eletrônicas (seção 903) violação ao fundo de aposentadoria dos trabalhadores (seção 904), emenda à *Federal Sentencing*

[39] ROSSETTI; ANDRADE, 2012, p. 179-180.
[40] UNITED STATES OF AMERICA, 2002, tradução nossa.

Guidelines (seção 905) e responsabilidade corporativa sobre as demonstrações financeiras (seção 906).

O Regulamento do Novo Mercado no Brasil, criado em 2001, visa a aperfeiçoar a regulamentação do mercado de capitais brasileiro, com o fito de diminuir as assimetrias de informações entre minoritários e controladores e favorecer a dispersão de capital, a Bovespa edita segmentos de listagem, com diferenciadas exigências de governança corporativa.

Os segmentos de listagem foram criados obedecendo-se às peculiaridades da conformação societária no Brasil, a Bovespa estabeleceu regras de Governança Corporativa para regular e desenvolver o mercado de capitais brasileiro, visando a solucionar o conflito minoritários-controladores, nos termos apresentados nas linhas anteriores. As regras foram estabelecidas em atenção ao perfil das empresas brasileiras, em quatro segmentos de listagem com padrões de governança diferenciados: o Bovespa mais, que se destina às pequenas e médias sociedades as quais desejam o paulatino acesso ao financiamento via mercado de capitais[41]; o Nível 01[42], que se destina a sociedades de capital aberto que já possuem, ao menos 25% de ações em circulação (*free float*), devendo divulgar informações adicionais às exigidas em lei (Seção V); o Nível 02[43], no qual as sociedades também devem possuir ao menos 25% de *free float*, podem manter ações preferenciais, são obrigadas a adotarem a cláusula compromissória da arbitragem e, além disso, devem obedecer o direito de *tag along* aos acionistas ordinários e preferenciais de 100%; Novo Mercado, nos termos que serão elucidados a seguir.

O Novo Mercado[44] representa o mais alto padrão de exigência das

---

[41] BM&FBOVESPA. *Bovespa mais*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011a. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-Bovespa-Mais-2-fase.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

[42] Id. *Nível 1 de governança corporativa*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011b. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Nivel-1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

[43] Id. *Nível 2 de governança corporativa*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011c. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Nivel-2.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

[44] Id. *Novo mercado*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011d. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Novo-Mercado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

práticas de Governança Corporativa vigente no país. Neste regramento, os valores da equidade e da transparência são maximizados, visando a conferir mais direitos aos acionistas minoritários das companhias listadas neste segmento.

Dentre as regras atinentes à Governança Corporativa, é possível destacar as que se seguem. No que concerne ao valor equidade dos sócios, o regulamento traz as seguintes disposições: a) comercialização exclusiva de ações ordinárias, com Direito a voto; b) *tag along* de 100% para todos os acionistas; c) oferta pública para as ações no valor econômico destas no caso de deslistagem (item 10.2); d) impossibilidade de acumulação dos cargos de presidente do conselho de administração e diretor presidente ou principal executivo (item 4,4); e) realização de esforços para a dispersão de capital (item 7.1); f) adoção, obrigatória, da cláusula compromissória da arbitragem para a Companhia, os Administradores, os membros do Conselho Fiscal, o Acionista Controlador e os demais Acionistas (Seção XIII).

No que concerne à transparência, o regulamento prevê: a) divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente; b) a sociedade deverá disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito; c) necessidade de divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários da companhia pelos diretores, executivos e acionistas controladores; d) anúncio ao mercado da vacância dos cargos de presidente do conselho de administração e principal executivo (item 4.4); e) informações periódicas traduzidas para o inglês 15 dias após a divulgação em português (item 6,2) f) reunião publica com analistas para divulgar a situação financeira da companhia; g) divulgação do calendário anual com atos e eventos societários importantes (item 6.6).

A seção XII trata da responsabilidade corporativa. Neste sentido, os responsáveis que descumprirem as determinações do regulamento serão, primeiramente, notificados para retificarem seus atos, nos termos do item 12.1. Há, ainda, a previsão para a aplicação de multas (item 12.2), além de outras sanções não pecuniárias, nos termos do item 12.4, como a suspensão (item 12.4) ou cancelamento (item 12.5) da negociação na bolsa.

Verifica-se, pois, da análise das disposições do Novo Mercado, que a regulamentação tem o objetivo de diminuir as assimetrias de informação entre os

majoritários e minoritários, minimizando os custos de agência e favorecendo a dispersão de capital.

As regras de governança, sejam como recomendações ou exigências, trazem novos padrões de conformidade e repercutem sensivelmente no Direito Empresarial e, consequentemente, no Direito Penal Econômico, e em matéria de responsabilidade criminal, nos termos doravante expostos.

2.2.2 A governança corporativa, *compliance* e o direito penal econômico

2.2.2.1 Do "Velho" ao "novo" Direito Penal Econômico: breves considerações sobre as políticas de heterorregulação e autorregulação na economia e suas respectivas influências no Direito Penal

O Direito Penal Econômico é concebido, atualmente, como um subrramo[45] do Direito Penal Moderno que traz a justificativa formal de limitar a liberdade econômica dos agentes financeiros a fim de salvaguardar bens jurídicos novos, oriundos das ofensas desencadeadas pelo desenvolvimento e complexidade da atividade econômico-empresarial. Conquanto seja possível observar algumas normas nitidamente limitadoras da atividade econômica na Lei das XII Tábuas (crime de usura[46]), no período da Idade Média – com leis que sancionavam, penalmente, falsificações de alimentos, pesos e medidas – e no Código Penal Napoleônico[47], é possível afirmar que a expansão do Direito Penal nesta seara, bem como o desenvolvimento doutrinário de teorias para a sistematização e a teorização dessas normas de Direito Penal Econômico é um fenômeno do século passado. O que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico, de acordo com a perspectiva atual, foi fruto, no mundo ocidental capitalista[48], de um conjunto de políticas estatais, inclusive de natureza criminal,

---

[45] Segundo se defenderá nesta tese, em momento oportuno, O Direito Penal Econômico não pode ser visto como um ramo autônomo do Direito, e sim um subrramo atrelado ao Direito Penal tradicional, que deve, portanto, obediência aos preceitos deste.

[46] BACIGALUPO, 2011, p. 19.

[47] NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico español. *Revista del Programa de Derecho de la Universidad de Ibagué*, Ibagué, Colombia, n. 9, 2005.

[48] Não é o objetivo desta tese tratar do desenvolvimento do Direito Penal Econômico no mundo socialista, em que pese a ressalva de que estados Socialistas também criaram normas de intervenção penal na economia.

voltadas para controlar as crises econômicas verificadas ao longo do século XX[49]. O período das duas grandes Guerras Mundiais, bem como a crise da bolsa de Nova York em 1929 e posterior período da grande depressão, assim como crises econômicas posteriores, a exemplo da crise do petróleo, tiveram influência direta na promulgação e desenvolvimento das normas penais que integram a perspectiva atual, "madura", Direito Penal Econômico.

Consoante assinala Adán Nieto Martín, ao definir o Direito Penal Econômico na Espanha, trata-se do conjunto de normas penais que representam "os mecanismos estatais de intervenção na economia e a tutela das instituições básicas que permitem a distribuição e consumo de bens e serviços"[50]. De um modo geral, esta visão é defendida por outros autores, de sorte que é uma afirmação corrente a de que o Direito Penal Econômico tem como objetivo a proteção da Ordem Econômica de um determinado país.

Quando se refere à Ordem Econômica e, consequentemente, ao Direito Penal Econômico, é inegável a verificação de que estes temas do direito guardam intrínseca relação com a ciência econômica e suas diretrizes de política e programação macroeconômica[51]. No entanto, uma análise verticalizada das interfaces entre Direito e Economia transborda os limites desta tese, merecendo ser alvo, inclusive, de um estudo próprio sobre o assunto.

Para os limites aqui traçados, é importante ter como premissa que o Direito Penal Econômico como intervenção penal dirigida à regulação da Ordem Econômica, só se desenvolveu a partir do momento em que houve políticas

---

[49] COSTA, 2013b, p. 22.

[50] "El derecho penal económico se define em España como el conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional, lo que compreende la protección de los mecanismos estatales de intervención em la economia y la tutela de las instuticiones básicas que permiten la produccion, distribuición y consumo de bienes y servicios". CF. NIETO MARTÍN, 2005, p. 1.

[51] A política econômica pode ser compreendida, linhas gerais, como "a estruturação superior da Ordem Econômica" que se materializa por meio da "atuação deliberada do governo, no sentido de que se alcancem os objetivos de natureza econômica, consistentes com outros fins não necessariamente econômicos, definidos ao nível mais amplo da política pública". A programação econômica, por seu turno, é o segundo estágio da economia normativa, que consiste na "desagregação [...] dos objetivos de política econômica fixados para determinado período de tempo, no sentido de se definam sistemas interconsistentes de metas que reproduzam os fins propostos". A política econômica, portanto, compreende as ações do governo para alcançar os fins econômicos pretendidos, a partir dos valores e da estrutura de cada país e a programação, que ocorre após as definições das metas pela política econômica, representa a fragmentação dos objetivos a serem alcançados, para a correta escolha dos meios para alcançar determinado fim. A política e a programação condicionam a atuação dos agentes econômicos para que sejam alcançados alguns objetivos. Cf. ROSSETTI, José Paschoal. *Política e programação econômicas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 25-30.

estatais dirigidas à regulação da economia a partir de normas de Direito Público. No período liberal, sob a influência do liberalismo clássico de Adam Smith, predominava a oposição à intervenção estatal nos setores da vida econômica e social, uma vez que *ordem econômica seria autorregulável sem a necessidade de forças artificiais*[52]. O Estado deveria limitar a sua intervenção para garantir os direitos naturais ligados à vida, propriedade e liberdade, afastando-se o máximo possível das atividades econômicas[53]. A Ordem Econômica deveria ser fruto da ordem natural dos acontecimentos e das relações humanas (*laissez-faire, laissez-passer, le monde vá de lui même*). A economia seria autoajustável pela mão invisível do mercado, que controlaria os preços e resguardaria a livre iniciativa. Neste período, as relações econômicas eram regulamentadas por normas de direito privado[54].

As crises do capitalismo no início do século XX, notadamente no período da Primeira Guerra Mundial e no pós-crash da bolsa de 1929 foram interpretadas pelos críticos do modelo liberal puro como uma falência da proposta de abstenção do Estado no controle na economia. Isto influenciou o desenvolvimento e a difusão de doutrinas socializantes elaboradas no século anterior[55], que se

---

[52] François Quesnay, expoente dos fisiocratas, defendia maior liberdade para os agentes econômicos realizarem suas atividades. A fisiocracia introduz algumas ideias novas, opostas ao sistema mercantilista: "A crença na existência de uma ordem natural, subjacente às atividades econômicas. Seria inútil impor leis e regulamentos à organização econômica. Esta seria capaz de guiar-se a si própria [...] a proeminência da agricultura sobre o comércio e a indústria". (Cf. ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984, p. 88). A primeira das ideias vai ser a premissa de desenvolvimento da nascente ciência econômica.

[53] De acordo com Rossetti, os pensadores liberais assinalavam que o Estado só deveria intervir nas hipóteses seguintes: administração da justiça, defesa contra agressões externas, manutenção de planos de assistência social, humanização das relações entre capital e trabalho, desenvolvimento da ciência, abrangendo as explorações geográficas e científicas, apoio à colonização, realização de serviços públicos não enquadrados na esfera de interesse da iniciativa privada, manutenção de planos educacionais. Cf. Ibid., p. 45.

[54] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O direito penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica*. 2014. 350 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 24.

[55] As teorias socialistas transcendem ao objetivo proposto e não serão elucidadas neste Estudo, que tem como recorte o Direito Penal Econômico em países de economia capitalista. No entanto, apenas em elucidação ao tema, cumpre trazer a transcrição de Frederick Watkins: "Segundo os teóricos do mercado livre, a eliminação de restrições governamentais ao comércio e à indústria levaria a um progresso imediato e universal das condições materiais de vida. Tal esperança não era inteiramente infundada. A riqueza aumentou, efetivamente, num ritmo sem precedentes e o igualmente excepcional incremento da população mostrou que, pelo menos, alguns dos benefícios da Revolução Industrial estavam sendo amplamente repartidos. Conduto, o que mais impressionava os observadores da época eram as desigualdades econômicas geradas pelo processo. Isso foi uma decepção amarga para as esperanças humanitárias dos que abraçavam o liberalismo, na expectativa de que o progresso econômico seria compartilhado por toda humanidade. O socialismo nasceu como resposta a esta decepção". Cf. WATKINS, 1964 apud ROSSETTI, op. cit., p. 46.

opunham ao capitalismo, defendendo a intervenção total do Estado na Economia – como o socialismo de Marx e Engels, que não será abordado aqui por transcender esta proposta – ou de outros modelos teóricos que defendiam uma mudança no capitalismo, com a atuação mais proeminente do Estado enquanto regulador do mercado e da economia, respeitando-se, contudo, a livre iniciativa. Em todos os dois modelos, seja na intervenção parcial ou total, houve a incriminação de condutas que atentavam contra a Ordem Econômica. No entanto, apenas será abordado o Direito Penal na perspectiva dos Estados capitalistas.

Nos Estados Unidos – símbolo do capitalismo ocidental que, no período da grande depressão[56], entre 1929 e 1933, sofreu a diminuição de aproximadamente 50% do PIB nacional[57] – houve a reformulação da até então vigente política liberal, "dando origem à irreversível intervenção parcial do Estado no meio econômico"[58], a partir da coordenação das atividades econômicas.

A intervenção parcial do Estado na Economia tem influência nas premissas de política econômica formuladas por John Maynard Keynes[59], o "Lord Keynes", membro da comissão britânica real incumbida de analisar problemas monetários no período da Grande Depressão.

O modelo macroeconômico[60] Keynesiano partia da premissa oposta

---

[56] A grande depressão abalou profundamente as economias ocidentais. Após algumas décadas de euforia econômica, a economia norte-americana revelava-se prostrada. A Renda nacional nos anos 30 estava altamente concentrada, como a indicar que os prognósticos de Marx estavam se confirmando. Uma pirâmide de diversas classes de rendas familiais mostraria claramente as desigualdades: as rendas das classes situadas nos 'escalões do topo' eram 600 vezes superiores às das classes localizadas nos 'escalões da base'.[...] Foram decretadas 85.000 falências. A construção civil sofreu queda de 95%. Milhões de famílias perderam suas reservas acumuladas durante toda uma vida de trabalho e encerraram-se cerca de nove milhões de contas bancárias. Cf. ROSSETTI, 1984, p. 101.

[57] Ibid., p. 50.

[58] Ibid., loc. cit.

[59] "Certamente, o impacto que a obra de Keynes causou no século atual (século XX) pode ser equiparado à influência que as obras de Adam Smith e Karl Marx exerceram sobre o pensamento e a política econômica nos séculos XVIII e XIX. As obras de Smith, Marx e Keynes – os três grandes economistas que marcaram época na história do pensamento econômico – provocaram profundas mudanças nas próprias coordenadas da atividade econômica nos últimos séculos. A obra de Smith representou importante vitória sobre o mercantilismo; a de Marx consubstanciou a mais influente crítica ao capitalismo, a de Keynes reuniu os mais vibrantes argumentos contra o laissez-faire. A vitória dos clássicos sobre o mercantilismo traduz a vitória do liberalismo sobre o intervencionismo imoderado e decadente dos séculos XVI e XVII e primeira metade do século XVIII. A vitória de Keynes sobre os clássicos traduz o triunfo do intervencionismo moderado sobre o liberalismo radical, além de constituir – em certo sentido – um desejável meio-termo entre a liberdade econômica absoluta e o total controle do Estado sobre o meio econômico." Cf. Ibid., p. 100.

[60] De acordo com Sachs, "A macroeconomia é o estudo do comportamento agregado de uma economia. Enquanto a vida econômica de uma nação depende de milhões de ações isoladas, realizadas por empresas, consumidores, trabalhadores e funcionários do governo, o foco da

àquela defendida pelos clássicos, pois, para Keynes, o Estado deveria interferir na economia, com políticas públicas, porque o capitalismo era essencialmente instável e "a economia de mercado não regula a si própria de forma suave, ou seja, não garante níveis baixos de desemprego e níveis altos de produção em uma escala regular"[61].

Embora a obra clássica de Keynes, *The general theory of employment, interest and money* ou, na tradução brasileira, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, só tenha sido publicada em 1936, suas ideias influenciaram de modo marcante as políticas de programação da Economia nos Estados Unidos e na Europa, as quais, por sua vez, propiciaram a formulação de um conjunto de regras de Direito Público dirigidas a planejar a Economia e a formular a noção de Ordem Econômica a ser perseguida pelos Estados. Em outros termos, Keynes influencia as políticas estatais a buscarem uma Ordem Econômica, que não seria vislumbrada como fruto das forças e regras puras de mercado e sim de um trabalho prévio de controle das relações econômicas. A ideia de Ordem Econômica passa a ser, portanto, vista como uma ordem a ser buscada não à luz do absenteísmo (Estado enquanto "Policial Passivo"), mas a partir de medidas de direção. Dentre estas medidas de direção, em muitos casos, o Estado passou a atuar diretamente na economia, como sujeito protagonista, exercendo, diretamente, atividades econômicas centrais – *welfare state*.

O contexto referido nas leis anteriores propulsiona o desenvolvimento do direito econômico enquanto ramo científico autônomo e distinto, que tem por objeto de estudo as normas jurídicas que visam a regular as relações econômicas, com sanções aplicáveis em caso de descumprimento das prescrições estatais sobre o tema[62].

Macroeconomia é a análise das consequências globais dessas ações individuais. [...] a moderna Macroeconomia avança em três direções. Em primeiro lugar, os macroeconomistas tentam compreender, em nível teórico, os processos de decisão das empresas e das famílias. [...] Em segundo lugar, o macroeconomista tenta explicar o comportamento geral da economia agregando, ou somando, todas as decisões das famílias e empresas que compõem a economia. [...] Em terceiro lugar, os macroeconomistas revelam um conteúdo empírico da teoria, coletando e analisando dados macroeconômicos reais". Cf. SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe. *Macroeconomia*. Tradução de Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron, 2000, p. 3-4.

[61] SACHS; LARRAIN, 2000, p. 12.

[62] Sobre o tema, observem-se os pertinentes dizeres de Manoel Pedro Pimentel: "O progresso vertiginoso que atingiu o mundo dos negócios, especialmente em razão das mudanças operadas neste século, fez com que desaparecesse virtualmente o Estado Liberal. O intervencionismo Estatal *tornou-se imperiosa necessidade, a fim de regularizar as relações*

A heterorregulação da Ordem Econômica pelo Estado foi o substrato ontológico de expansão do Direito Penal e desenvolvimento de normas penais com o objetivo de criminalizar comportamentos lesivos às premissas de política econômica fixadas pelos Estados. Como, em muitos casos, estas normas de intervenção eram fixadas pelo executivo em detrimento do legislativo, a heterorregulação do Estado na economia trouxe significativas implicações dogmáticas, notadamente na estruturação dos tipos penais incriminadores.

Isto porque os tipos penais incriminadores das infrações à Ordem Econômica, em virtude da proliferação de decretos e portarias do executivo sobre a heterorregulação da economia, são marcados por uma estrutura aberta, com normas penais em branco e elementos normativos do tipo[63], diferente dos tipos penais do direito penal clássico, no bojo dos quais essa abertura é residual.

Além disso, os tipos de Direito Penal Econômico são, em sua maior parte, de perigo abstrato, ou seja, são modelos de incriminação cuja proteção ao bem jurídico ocorre de forma muito antecipada, sem que sequer se possa falar em um perigo de dano iminente. Essa antecipação punitiva traz consigo problemas relacionados ao princípio da ofensividade, uma vez que é possível observar condutas consideradas criminosas muito antes de haver uma situação de instabilidade concreta ao bem jurídico resguardado.

É importante assinalar que as políticas de programação econômica foram influenciadas e estabelecidas para regular as crises do capitalismo, fator este que permite concluir que infrações econômicas guardam uma relação intrínseca com os períodos de crise.

Consoante bem retratado por Helena Lobo da Costa, a relação umbilical entre as normas penais incriminadoras e os períodos de crise redundou no desenvolvimento tardio da dogmática penal voltada às infrações penais econômicas, o que ocorrera apenas por volta dos anos 70 do século passado[64]. O Direito Penal Econômico, sob o aspecto normativo, desenvolve-se, portanto, de

---

negociais, coibindo os abusos do poder econômico e a exploração dos fracos pelos fortes. [...] Ora, essa intervenção e mediação não poderia ser feita *ab libitum*, carecendo de normas limitadoras de direitos e deveres. Assim aconteceu, surgindo as leis regulamentadoras da política econômica do Estado, em confronto com os interesses públicos e particulares equacionados. A especificidade dessas normas as distinguia das demais regras comuns do direito civil [...] Nascia, assim, o Direito econômico, como um ramo novo, ligado, é certo, ao tronco de que brotava, mas com características próprias". Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

[63] Entre outros, cf. PIMENTEL, 1973, p. 45.

[64] COSTA, 2013b, p. 27.

forma “pouco sistemática e com inobservância dos princípios dogmáticos”[65], daí porque tantas incongruências com os princípios clássicos, como apontado acima. Atualmente, ocorre o fenômeno inverso, sendo o Direito Penal econômico objeto de estudos relevantes de dogmática penal[66].

A heterorregulação do Estado na economia, tão importante para o desenvolvimento das normas de Direito Penal Econômico, sofreu um forte abalo a partir dos anos 70. No final da década de 70 e início da década de 80, período em que muitas economias mundiais passam a viver o fenômeno da “estagflação, uma combinação de estagnação econômica (crescimento baixo ou negativo da produção e alto desemprego) e alta inflação”[67]. Tratava-se de um mal econômico que seria, segundo os críticos do intervencionismo, imune às recomendações macroeconômicas de Keynes e que trouxe à tona discussões sobre a desregulamentação do mercado e de controle dos gastos públicos. Na história do pensamento econômico, Milton Friedman opunha-se veementemente à Keynes, assinalando que o fator para o crescimento era o controle de gastos do Estado. Segundo Friedman, a premissa keynesiana de que o aumento dos gastos do governo ocasionaria uma expansão na economia, afastando o desemprego, era falsa e foi refutada pela experiência concreta[68].

A crise do Keynesianismo implicou, dentre outros fatores, a adoção de práticas que visavam a afastar o Estado da economia, a exemplo da privatização dos serviços públicos que, antigamente, eram prestados pelo Estado Providência (Estado de Bem Estar Social). Esse fenômeno de privatizações foi incentivado e ratificado por meio do Consenso de Washington[69], conjunto de medidas recomendadas pelos Estados Unidos e por Instituições Financeiras Oficiais e ratificado por países do globo, veio a reunir algumas premissas da escola da nova Macroeconomia Clássica. *Dentre as recomendações, estão o controle da política fiscal de gastos, a privatização (para reduzir o aparato e os gastos estatais), a reforma na taxa de juros e a liberalização do comércio*.

Este novo contexto ontológico em que o estado deixa de atuar como

---

[65] COSTA, 2013b, p. 29.
[66] Ibid., loc. cit.
[67] SACHS; LARRAIN, 2000, p. 16.
[68] FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 73.
[69] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Washington Consensus*. Trade, foreign policy, diplomacy and health. [S.l.]: 2013. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story094/en/>. Acesso em: 5 out. 2013.

sujeito protagonista das relações econômicas, foi interpretado por muitos como o retorno ao liberalismo, em uma versão "repaginada". Andrei Zenkner Schmidt assinala que os Estados Unidos e o Reino Unido, com Reagan e Tatcher, respectivamente, aderiram ao "neoliberalismo"[70], com políticas liberais novas, como as privatizações e legislação antissindical. Para o mesmo autor, na Europa e, posteriormente, em alguns países da América Latina, o neoliberalismo foi mitigado, "matizando disciplina orçamentária e reformas fiscais com os gastos sociais focalizados, tolerância sindical e regulamentação econômica"[71].

Vênia concessa, a leitura que parece ser mais adequada deste período histórico foi apresentada por John Braithwaite ao tratar do *Regulatory State* ou Estado regulador. Segundo Braithwaite, a falência do keynesianismo não veio acompanhada da adoção de um "novo" liberalismo, e sim do Estado Regulador, cuja característica principal reside na regra do "*rule at a distance*"[72]. Braithwaite opõe-se às perspectivas de Hayek, da escola liberal austríaca do pensamento econômico, para assinalar que as privatizações que se deram nos anos 80 e 90 não foram acompanhadas da desregulação da economia e sim de um novo fenômeno de regulação à distância, no qual o Estado é encarregado, em maior ou menor grau, na regulação e fiscalização dos comportamentos em conjunto com os particulares. Conforme assinala Braithwaite, todas as privatizações que ocorreram no Reino Unido foram acompanhadas da criação de órgãos estatais denominados de agências reguladoras[73]. Foi o que ocorreu com a criação da Offi*ce of Telecommunications* (Oftel), após a privatização do sistema de telefonia Inglês, em 1986 e da *Office of Gas Supply* (Ofgas), após a privatização da indústria de gás no mesmo país, apenas para exemplificar[74]. No Brasil, apenas para citar um exemplo, a privatização do setor de telecomunicações foi acompanhada da criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da Lei n. 9.472/97, a qual dispõe, expressamente, no artigo 1º, que a União, por meio do órgão regulador, organizará a exploração do serviço de telecomunicações[75].

---

[70] SCHMIDT, 2014, p. 31.
[71] Ibid., loc. cit.
[72] BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British journal of criminology*, Oxford, UK, v. 40, n. 2, p. 222-238, mar. 2000, p. 225.
[73] Ibid., p. 224.
[74] Ibid., loc. cit.
[75] BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário oficial da União*,

Braithwaite assinala que, a partir deste momento, começa a se delinear uma nova forma de interação entre o Estado e a sociedade, na qual ambos passam a ser encarregados de regular os comportamentos, e, consequentemente, a economia. Nas palavras do autor, trata-se da "capacidade de ambos, quem governa e quem é governado de regularem seus próprios comportamentos"[76]. O Estado Regulador seria "o casamento entre opostos"[77], ou seja, a junção de algumas premissas sobre a efetividade do mercado, nos moldes pensados pelo liberalismo de Adam Smith com outras premissas Keynesianas. No *regulatory capitalism* defende-se a necessidade de regulação do mercado, não necessariamente realizada diretamente pelo Estado. O *regulatory capitalism* parte da premissa de que "os mercados precisam ser regulados a partir de uma divisão de tarefas entre o Estado e a sociedade, e, em particular, entre o estado e os empresários"[78]. No estágio atual, o Estado presta cada vez menos serviços, delegando-os aos particulares, mas devendo manter, por seu turno, a capacidade a capacidade genérica e indireta de regular esses serviços. Segundo David Levi-Feur, o capitalismo regulatório pode ser resumido a partir de cinco premissas:

> (1) Uma nova divisão de trabalho entre Estado e sociedade (por exemplo, privatização); (2) um aumento da delegação; (3) proliferação de novas tecnologias de regulação; (4) formalização de arranjos interinstitutionais e intrainstitucionais de regulação e (5) crescimento da influência de especialistas, em geral, e de redes internacionais de especialistas, em particular.[79]

A política de *regulatory capitalism* não pode ser enquadrada, portanto, em nenhum aspecto, como política liberal econômica ("neoliberalismo"). Na política do *regulatory capitalism*, é fundamental utilizar *o mercado como um mecanismo regulatório*[80], a partir de práticas de "boa governança". Neste contexto, são desenvolvidas estratégias que se diferenciam da dominação direta pelo Estado e

---

Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 1. jun. 2015.

[76] BRAITHWAITE, 2000, p. 225.

[77] Ibid., p. 226.

[78] LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The annals of the American Academy of Political and Social Science*, [S.l.], n. 598, p. 12-32, mar. 2005. Disponível em: <http://poli.haifa.ac.il/~levi/levifaur-framework.pdf>. Acesso em: 5 out. 2013, p. 15.

[79] Ibid., p. 12. No original: "(1) a new division of labor between state and society (e.g., privatization), (2) an increase in delegation, (3) proliferation of new technologies of regulation, (4) formalization of interinstitutional and intrainstitutional arrangements of regulation, and (5) growth in the influence of experts in general, and of international networks of experts in particular".

[80] BRAITHWAITE, John. *Neoliberalism or regulatory capitalism*. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2005. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Neoliberalism_Regulatory_2005.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 11.

se aproximam de regras indiretas para que os particulares regulamentem a sua própria conduta, de acordo com os objetivos do Estado[81].

Bernardo Feijoo Sánchez, tratando do que se referiu acima, assinala que o Estado não tem condições de intervir diretamente na economia, por força de fenômenos tais como a globalização, a transnacionalidade e o poderio das sociedades, de modo que as estratégias tradicionais de gestão direta de riscos são transformadas, incentivando ou impondo aos particulares a autorregulação[82].

Braithwaite assinala que nem mesmo o Sistema de Justiça criminal é imune à conformação do Estado Regulador. Isto porque é possível verificar que, em várias nações, o Sistema de Polícia e de Prisões foi transferido à iniciativa particular, sob regulação do Estado. Com relação à polícia, embora o fenômeno não seja muito vislumbrado no Brasil, Braithwaite assevera que a maioria das economias desenvolvidas tem hoje mais polícia privada do que pública, citando como exemplo Estados Unidos, Europa e África do Sul, Austrália e Japão[83]. Com relação às penitenciárias, o fenômeno também se verifica, sobretudo nos Estados Unidos e também no Brasil, onde já há penitenciárias públicas sob a gestão privada e algumas em parceria público privada[84].

O Estado regulador repercute, também, na forma de gestão do crime, notadamente com o incremento de práticas de Justiça Restaurativa, na qual a vítima do crime, o ofensor e a comunidade, por meio de um processo mediado pelo Estado, chegam, juntos, à melhor resposta para reparar os prejuízos advindos da prática do crime[85].

Adán Nieto Martín, com lastro em Braithwaite, vai asseverar que o incremento do Estado Regulador traz uma nova estratégia de controle por meio da cooperação entre os poderes público e privado, denominada de

---

[81] BRAITHWAITE, 2000, p. 225.

[82] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008a, p. 201.

[83] BRAITHWAITE, op. cit., p. 226.

[84] Apenas a título exemplificativo, importa citar as penitenciárias administradas pela empresa Reviver Administração Prisional, em cinco Estados da Federação: Bahia, Sergipe, Espírito Santo, Santa Catarina e Alagoas. Cf. REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL PRIVADA. *Unidades*. Salvador, 2013. Página informativa. Disponível em: <http://reviverepossivel.com/unidades/>. Acesso em: 1. jun. 2015.

[85] Sobre justiça restaurativa, faz-se menção ao nosso trabalho de Mestrado na Universidade Federal da Bahia. Cf. LUZ, Ilana Martins. *Justiça restaurativa*: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal. 204 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

autorregulação regulada[86], na qual a participação do Estado pode ser em maior ou menor grau. Essa estratégia se desenvolve, paulatinamente, a partir dos anos 90 por força da nova conformação social de economia globalizada, na qual os Estados não tem condições de utilizar as técnicas clássicas de regulação, porque estas se tornaram insuficientes em um mundo tecnologicamente mais complicado e globalizado, no qual as empresas atuam como sujeitos mais fortes que muitos Estados nacionais[87].

Para Luis Arroyo Jiménez, a autorregulação regulada engloba uma multiplicidade de situações nas quais as estruturas de autorregulação dos particulares estão, em maior ou menor grau, condicionadas externamente pelo poder público[88]. Na autorregulação regulada, o Estado "faz possível a autorregulação, configura as estruturas e estabelece os processos através dos quais esta deve desenvolver-se, com a pretensão de que, através dela, seja possível satisfazer concretos fins ou interesses públicos"[89].

A depender do grau de intervenção do Estado, é possível falar em distintas formas de autorregulação regulada. Ainda de acordo com o escólio de Luis Arroyo Jiménez, é possível classificar a autorregulação em vinculante e não vinculante. A autorregulação vinculante (*mandated self regulation*) seria aquela na qual há uma intervenção pública voltada aos padrões de conduta adotados. A categoria da autorregulação vinculante comporta uma divisão em três espécies, quais sejam: a autorregulação transferida (*devolved self-regulation*), na qual o Estado (sobretudo o legislativo) delega ao órgão de autorregulação a capacidade normativa dos padrões de regulação; a autorregulação delegada (*delegated self regulation*) na qual o estado delega apenas a capacidade de execução das normas por ele anteriormente fixadas; e, por fim, a autorregulação cooperativa (*co-operated self regulation*) no bojo da qual ambos, particulares e ente

---

[86] NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación*: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). Gobierno corporativo y derecho penal: mesas redondas derecho y economia. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008b, p. 133.

[87] Ibid., loc. cit.

[88] ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: _____; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 23.

[89] Ibid., p. 24. No original: "La autorregulación regulada alude, em conclusión, a la atividade mediante la cual el estado hace posible la autoregulación, configura las estructuras y establece los procesos a través de ella, puedan llegar a satisfacerse concretos fines o interesses públicos".

autorregulador, exercem, em conjunto, as atividades normativas e de execução[90]. Na autorregulação não vinculante, (*non-mandated self regulation*), a presença do estado não é marcante e não há obrigatoriedade na autorregulação, existindo, no máximo, um fomento a esta (*facilitated self-regulation*) ou um apoio tácito (*tacitly-suported regulation*), podendo o Estado quedar-se completamente inerte na autorregulação, que será meramente voluntária (*voluntade self regualtion*)[91], de modo que esta última, segundo aqui se entende, só poderá ser autorregulação regulada se ocasionar alguma consequência de Direito Público em caso de realização de riscos.

São instrumentos de autorregulação regulada os Códigos de Conduta, os Manuais de boas práticas, Códigos de Procedimentos, bem como os mecanismos sancionatórios das empresas, todos os instrumentos legais que integram os elementos para um programa de *Compliance* efetivo, inseridos na lógica de Boa Gestão das sociedades, nos termos que foram abordados em momento oportuno.

Com a recente crise mundial de 2008, o Direito, notadamente o Direito Penal, passou a dar mais atenção a estes instrumentos de *compliance*[92] e autorregulação regulada para o controle dos riscos empresariais[93]. Isto vai impactar, sobremaneira, no Direito Penal Econômico, que, conforme assinala Adán Nieto Martín, terá de se adaptar às novas estratégias de regulação da economia a partir do que ele denominou de "Darwinismo Jurídico"[94].

---

[90] ARROYO JIMÉNEZ, 2008, p. 27-28.

[91] Ibid., p. 28.

[92] "Los programas de cumplimiento constituyen uma extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo. Las normas que se plasman em las políticas de empresa (corrupción, competencia, regulamentos internos em el ámbito de mercado de valores) son doblemente normas mixtas em su contenido, público-privado, y em su génesis, estatal-supraestatal". Cf. NIETO MARTÍN, 2008b, p. 133.

[93] "No cenário mundial, casos como os atos terroristas nos Estados Unidos, em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WorlsCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais e, neste ultimo caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do *compliance* para novos padrões desejáveis de comportamento. Por fim, vivemos numa sociedade de riscos, em que o *compliance* aparece como mais um dos riscos a serem enfrentados pelas organizações". Cf. COIMBRA; BINDER, 2010, p. 1.

[94] "La crisis financiera que nos asola y las prácticas delictivas ligada a la misma, protagonizadas por entidades bancarias o por agencias de calificación, y la lucha contra la corrupción internacional, em la que se vem envueltas grandes empresas multinacionales, constituirán el banco de pruebas de esta nueva estrategia preventiva y determinará em qué medida pasa también a ser um dinosaurio jurídico" Cf. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: _____;

Para Bacigalupo, a recente crise mundial, e o foco no *compliance* e autorregulação regulada tem uma repercussão significativa para o Direito Penal Econômico porque faz com que esse incorpore uma vertente preventiva, voltada para a evitação de comportamentos criminosos que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos econômicos[95].

O "*regulatory capitalism*" e a autorregulação regulada trazem, portanto, para o Direito Penal Econômico, envolto em problematizações acerca da sistematização dogmática das normas, em seletividade do sistema um novo "fôlego" e uma nova "esperança" em resolver os problemas advindos da prática de crimes no seio da atividade empresarial. Assim, o Direito Penal Econômico, apesar de manter aspirações repressivas, deposita, atualmente, muita esperança na capacidade dos programas de cumprimento normativo em proteger a "Ordem Econômica", em um estágio de prevenção de perigos e de danos, a partir do mapeamento de zonas criminógenas a serem evitadas na atuação empresarial. A faceta preventiva implicará, outrossim, repercussões e novas discussões em matéria de repressão e responsabilidade criminal, nos termos que serão apresentados no capitulo 5.

ARROYO ZAPATERO, Luis (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

95 "La crisis económica podrá tener, por todo ello, uma doble dimensión penal: en primer lugar hacia el pasado, por los perjuicios ocasionados; pero además hacia el futuro, porque es previsible um aumento de deberes empresariales cuya infacción podrá ocasionar fuertes sanciones administrativas o penales. Se esto es así será necesario contar com um aumento de los riesgos de responsabilidad normativa para las empresas y sus diretivos: em el futuro prognosticado aumentarán los subsistemas normativos generados por los reguladores y ello dará lugar a um numero no irrelevante de normas cuyo cumplimiento se asegurará mediante la amenaza de sanciones (administrativas y penales), que se sumarán a las, no pocas, ya existentes. La cuestión de la prevención de riesgos de responsabilidad normativa aumentará, por lo tanto, correspondientemente." Cf. BACIGALUPO, 2011, p. 17.

3 *CRIMINAL COMPLIANCE* NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Como já se destacou no capítulo precedente, o Estado Regulador e o fenômeno da autorregulação regulada causam impacto no Direito Penal. Os mecanismos de autorregulação regulada são absorvidos como estratégia de prevenção da criminalidade econômica, seja em sentido estrito ou em sentido amplo. Neste sentido, os bens jurídicos objeto da tutela repressiva do Direito Penal passam a ser objeto de programas de *compliance*, em casos de autorregulação regulada, seja mandatória, seja não mandatória. O Brasil não fugiu a esta tendência mundial de "reformulação" do Direito Penal Econômico e adoção de previsões de autorregulação regulada para a prevenção das infrações econômicas. Em território pátrio, também foram positivados, em maior ou menor grau, previsões legais sobre os deveres de *compliance.*

Por opção de Estudo, escolheu-se para a abordagem verticalizada nesta tese os programas de *compliance* voltados à prevenção à Lavagem de Capitais e à Corrupção, por serem temas nos quais a discussão de *compliance* ganha o cenário legislativo, dogmático e jurisprudencial no Brasil. Não se optou pela análise dos crimes de Cartel, que seriam ofensas à política econômica em sentido estrito porque, no Ordenamento Brasileiro, não se verifica uma obrigação tampouco um fomento direto à criação de programas de cumprimento neste setor, havendo, no máximo, um apoio tácito do Estado. Isto porque a Lei n. 12.529/2011[96] não trata expressamente dos programas de cumprimento, limitando-se a afirmar, no artigo 45, III, que a boa-fé do infrator será levada em consideração na mensuração da sanção aplicada, e, ainda, no artigo 86, que são requisitos para a celebração do acordo de leniência a manifestação voluntária e prévia da empresa, a identificação dos envolvidos, entrega de provas e cessação das práticas criminosas. Não se tratam de requisitos que obriguem a empresa a ter um programa de cumprimento, em que pese seja possível verificar que a

[96] BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]; e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. dez. 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

empresa autorregulada de forma adequada, nos termos que se apresentará no capitulo 4, poderá cumpri-los mais facilmente.

Importante também destacar que, quando se trata de programas de cumprimento, é muito comum, sobretudo na Espanha, a discussão sobre a segurança e proteção aos trabalhadores, mas optou-se, de igual forma, por não verticalizar este estudo aqui. Por fim, é de se notar que há uma tendência para a criação de programas de *compliance* voltados à prevenção de riscos à propriedade intelectual e, ainda, à prevenção de riscos ambientais, neste último caso por força da adoção do modelo de imputação direta de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em substituição ao modelo de dupla imputação (pessoa física e jurídica) verificada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 548.181. De igual forma, optou-se por fazer apenas uma menção a estes temas, para restringir o objeto do estudo e obter uma análise mais profunda sobre a prevenção à Lavagem de Capitais e à Corrupção.

3.2 *COMPLIANCE* E PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS

A Lavagem de Capitais, em breves linhas, consiste no conjunto de procedimentos fraudulentos realizados com o objetivo de conferir ao capital obtido com a prática do crime uma aparência lícita que justifique a sua utilização no mercado formal lícito. A expressão “Lavagem de Capitais” não é unânime para definir o fenômeno. Na Espanha e em Portugal é comum a utilização da expressão “branqueamento de capitais” (ou *blanqueo de capitales*). Na Itália, frequentemente se observa a expressão “reciclagem” (*riciclagio*). Neste estudo, opta-se pela terminologia “Lavagem de Capitais”, primeiramente por ser a expressão de uso mais corrente no vernáculo, fruto da tradução da expressão inglesa *money laundering*, e, ainda, porque os termos “branqueamento” e “reciclagem” não se mostram adequados para definir o fenômeno, uma vez que “branqueamento” exprime um viés preconceituoso e “reciclagem” deveria ser utilizada para denominar algo de positivo para a sociedade, o que, definitivamente, não ocorre com os efeitos deletérios da Lavagem de Capitais à Ordem Econômica, nos termos a seguir expostos. É de se afirmar, outrossim, que a expressão “Lavagem de Dinheiro” também será evitada, uma vez que reduz a complexidade do fenômeno ao Dinheiro, excetuando outros bens que podem

fazer parte do processo.

Feitas estas considerações terminológicas, cumpre tratar do crime de Lavagem e dos respectivos diplomas, nacionais e internacionais, que versam sobre a matéria.

3.2.1 O crime de Lavagem de Capitais: breves notas sobre as tipologias do delito e o bem jurídico resguardado

O crime de Lavagem de Capitais consiste na incriminação da conduta realizada com o objetivo de retirar a aparência criminosa do capital, para possibilitar a utilização deste no mercado formal lícito.

As origens modernas do fenômeno da Lavagem de Capitais remontam à criminalização do tráfico de drogas e bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América que ocorrera a partir da 18ª Emenda à Constituição daquele País, em 1918, na qual estava clara a proibição de fabricar, vender, transportar, importar ou exportar bebida alcoólica[97]. Por força desta proibição, diversos sujeitos que atuavam na comercialização de bebidas foram obrigados a encerrar as suas atividades neste setor. Os que optaram por permanecer no ramo de negócios, trabalhando na ilegalidade, com a venda de bebidas alcoólicas ou drogas continuaram auferindo lucros desta atividade. A comercialização ilícita de drogas e bebidas alcoólicas fez com que os sujeitos obtivessem grandes quantias financeiras, que não poderiam, todavia, utilizar ostensivamente, em virtude da ausência de justificativa para a sua aquisição.

Um exemplo famoso do que se está aqui a expor é Alphonse “Al” Capone, filho de imigrantes italianos que, no final da década de 20, auferiu muitos lucros da venda ilegal de bebidas alcoólicas[98].

Os lucros obtidos com a prática de atividades criminosas precisavam aparentar alguma justificativa para a sua aquisição, caso o sujeito quisesse inseri-

---

[97] “After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.” Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). *Amendment XVIII*. Washington, D.C., 16 jan. 1919. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html#18>. Acesso em: 13 jun. 2015.

[98] BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

los no mercado formal. Caso contrário, o montante financeiro chamaria a atenção do Estado e, por via de consequência, denunciaria a atividade criminosa exercida. Por força disto, surgiram alguns mecanismos fraudulentos para a burla da aparência criminosa. No caso de Al Capone, é conhecida a utilização de negócios de Lavanderia, com máquinas automáticas, nos quais era possível a mescla dos ativos lícitos e ilícitos e, consequentemente, a utilização de uma justificativa idônea para a aquisição dos bens. A utilização de lavanderias, inclusive, é apontada como uma das razões para a denominação do delito nos Estados Unidos.

A intensa lucratividade do comércio de substâncias proibidas, aliada ao processo de aumento da criminalidade organizada e à globalização, com a redução de fronteiras, fez com que a Lavagem de Capitais se transformasse em um problema a merecer a atenção do Estado. Primeiramente, isto ocorrera nos Estados Unidos, já em 1970, com a promulgação do *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act*[99], no qual havia a proibição de depósitos bancários não justificados acima de U$S10.000,00. Na sequência, por força da intensa lucratividade observada no Tráfico de Drogas, em todo o mundo, a discussão sobre a Lavagem de Capitais atingiu um cenário mais amplo, passando a ser objeto de alguns Tratados e Convenções Internacionais sobre a matéria, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de entorpecente e de substâncias psicotrópicas, em 1988, Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, no Conselho da Europa, em 1990, Conferência do G8 sobre o Crime Organizado Transnacional, além da Convenção de Palermo e de Mérida.

Não é objetivo desta tese mergulhar nas razões históricas para a incriminação de modo que os comentários realizados são apenas uma breve introdução para a abordagem do crime de Lavagem e respectivos deveres de *compliance* relativos à prevenção deste crime.

A Lavagem de Capitais, conforme já se adiantou, consiste num conjunto de procedimentos que vão conferir uma aparência licita ao capital obtido com a

---

[99] LYNCH, Gerard E. RICO: (Racketeer influenced and corrupt organizations Act) : origins, crimes, effects, penalties, civil remedies, influences, bibliography. In: LAW LIBRARY: american law and legal information. [S.l.]: Net Industries, 2015. Disponível em: <http://law.jrank.org/pages/1966/RICO-Racketeer-Influenced-Corrupt-Organizations-Act.html>. Acesso em: 13 jun. 2015.

prática criminosa antecedente, sendo, portanto, um delito acessório[100]. Neste sentido, convém investigar como ocorreriam estes procedimentos. Este é o ponto que demonstra a dificuldade na persecução e identificação do fenômeno, tendo em vista que não se trata de um delito comum, corriqueiro, e sim de um processo complexo, fruto de atos concatenados de forma inteligente.

Consoante ensina Raul Cervini, a Lavagem de Capitais possui três fases, quais sejam: a colocação ou ocultação, a cobertura (que também pode ser denominada de dissimulação) e, por fim, a fase de integração[101]. De um modo geral, a doutrina também concorda com essas três fases, conforme se extrai dos estudos de Gustavo Badaró e Pierpaollo Bottini[102], Marco Antônio de Barros[103], apenas para exemplificar.

A etapa da ocultação consiste no encobrimento do capital criminoso, para evitar o chamado "Ponto de Choque"[104]. Nesta etapa, o sujeito ativo do crime atua de forma a esconder o capital, sem transformar a sua natureza criminosa. Consoante assinala Deltan Dallagnol, os objetivos criminosos desta etapa são o "distanciamento da origem criminosa" de forma a dificultar o rastreamento da origem do capital, "a alteração da forma de apresentação do capital" ou, por fim, "a alteração da movimentação física deste".[105] Percebe-se, portanto, que o objetivo é distanciar o capital do criminoso, evitando a descoberta do crime antecedente.

Na fase de ocultação, podem ser utilizadas algumas técnicas. Deltan Dallagnol traz alguns exemplos destas técnicas que, repita-se, não tem o condão de mascarar a origem do capital, ou seja, de transformá-lo, apenas de encobri-lo. Para exemplificar, sem pretensão alguma de exaurir o estudo, são técnicas de

---

[100] A acessoriedade do delito de Lavagem de Capitais pode ser ampla ou restrita. Neste sentido, as primeiras gerações do crime de Lavagem de Capitais consideravam apenas o tráfico ilícito de drogas e substâncias ilícitas como delito antecedente no tráfico; a segunda geração estabelece uma lista de crimes antecedentes que podem originar a Lavagem, sendo a opção inicial do Brasil; por fim, a tendência mundial é a adoção da terceira geração do crime, na qual não há qualquer limite qualitativo de infrações antecedentes, de modo que pode haver Lavagem do Capital oriundo de qualquer infração penal.

[101] CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 82.

[102] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *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, 2012, p. 23.

[103] BARROS, 2007, p. 46.

[104] CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, op. cit., p. 81.

[105] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

pura ocultação: o fracionamento, também denominado de *smurfing*, que consiste na divisão do capital em montantes menores "tanto no depósito como na movimentação financeira, lançando-se mão de várias operações ao invés de uma única, usando uma ou mais pessoas e, ainda uma ou mais contas" com o fim de evitar a comunicação obrigatória das Instituições financeiras[106]; a utilização de sistemas alternativos de remessa de capital para o exterior, ou seja, de sistemas que não integram os canais bancários formais, a exemplo dos sistemas dólar-cabo e euro-cabo; a mescla de ativos criminosos com ativos não criminosos, que ocorre, geralmente, em sociedades nas quais os sócios praticam Lavagem de Capitais[107]; a conversão em moedas estrangeiras, sobretudo em períodos de alta valorização do dólar ou do euro, nos quais é possível diminuir, consideravelmente, o volume de dinheiro; no contrabando de dinheiro ou outros instrumentos monetários, que pode ser acompanhada pela pessoa (em viagens terrestres, marítimas, ou aéreas, normalmente com a transposição das barreiras nacionais, sem a declaração do montante) ou desacompanhada (correios ou empresas de transporte)[108]; a utilização de "paraísos fiscais" e Centros Financeiros *offshores*, que consistem em locais que oferecem determinados privilégios a quem depositar seus valores, como tributação diferenciada e com nível altíssimo de sigilo[109].

Nesta etapa, Raul Cervini aponta que é comum a utilização de Instituições Financeiras oficiais e não oficiais, de outros agentes econômicos que atuam no mercado (joalherias e agências de viagem, apenas para exemplificar)[110], fator este que será fundamental para entender os deveres de *compliance* destes sujeitos, que serão oportunamente tratados no próximo item.

Na fase de dissimulação, por seu turno, o sujeito ativo do crime realiza procedimentos fraudulentos com o objetivo de conferir uma aparência lícita ao capital criminoso. Nesta etapa, é claro o objetivo de mascarar a origem e/ou a natureza do capital. Segundo Dallagnol, há, nesta fase, "um *plus* à movimentação financeira de recursos, pois ela estará vinculada a um negócio jurídico simulado

[106] DALLAGNOL, 2010, p. 297.
[107] Ibid., loc. cit.
[108] Ibid., p. 300.
[109] Ibid., p. 317.
[110] CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 83.

que dará origem lícita aparente ao dinheiro criminoso"[111]. Frequentemente, esses negócios fraudulentos apresentam prejuízo, que é entendido como o "custo" para "lavar" capitais. Segundo Badaró e Bottini, na dissimulação "(é) um ato um pouco mais sofisticado do que o mascaramento original, um passo além, um conjunto de idas e vindas no círculo financeiro ou comercial que atrapalha ou frustra a tentativa de encontrar sua ligação com o ilícito [...]"[112].

Como exemplos de técnicas empregadas nesta fase, tem-se: utilização de locais de jogos de azar[113], a exemplo de bingos, cassinos e prêmios, em que é possível dissimular a natureza do capital realizando apostas com mais recursos do que os que serão obtidos[114], ou, ainda, em que é possível simular a obtenção de prêmios no exterior ou realizar procedimentos fraudulentos em conluio com os administradores do cassino[115]; Valorização artificial de bens móveis e imóveis, em que o agente frauda a escrituração ou o contrato que mencionam o valor da compra do bem para justificar alguma aquisição patrimonial no momento da venda futura[116]; a utilização de fraudes no agronegócio, que pode ocorrer com as técnicas de "Vaca de Papel", na qual o sujeito inventa ser possuidor de gado em papéis e registros, a "reprodução extraordinária", em que o sujeito alega que o gado atual foi fruto da reprodução do gado adquirido e estruturado, sem que, biologicamente, haja condições para tanto e, ainda, na "simulação do lucro da atividade do agronegócio"; na simulação de lucros em empresas e comércio de modo geral que não são lucrativas na prática; na simulação de empréstimos e investimentos estrangeiros, que pode ocorrer quando o sujeito declara que recebeu um empréstimo quando, em verdade, a quantia é fruto de crime ou no conluio com os agentes financeiros para esta simulação; no mercado de ações, com a falsa especulação de ativos; no mercado dos esportes, com a valorização

---

[111] DALLAGNOL, 2010, p. 320.
[112] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 64.
[113] A compra de prêmios é considerada por Raul Cervini como a primeira etapa da lavagem de capitais. Ousamos discordar, pois, ao final desta, o capital já aparenta licitude. Cf. CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 93.
[114] Sobre a utilização de Jogos de Azar para fins de Lavagem de Capitais, é conhecido o caso Brasileiro dos "Anões do Orçamento", no qual um dos sujeitos, para justificar a licitude dos recursos desviados, utilizou a desculpa de ter ganho 56 vezes na loteria somente no ano de 1993. Cf. FAVERO, Daniel. Lembre do escândalo dos Anões do Orçamento que completa 20 anos. *Terra notícias*, São Paulo, 18 nov. 2013. Política. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lembre-do-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 13 jun. 2015.
[115] DALLAGNOL, op. cit., p. 321-323.
[116] Ibid., p. 323-324.

artificial das negociações com jogadores, entre outras.

Percebe-se que as técnicas de dissimulação são vastas e se multiplicam a partir da criatividade e inteligência humanas voltadas para a prática de crimes. Observa-se, ainda, que tais técnicas utilizam negócios de diversos setores da atividade econômica, os quais podem ser, inclusive, vítimas de atos de Lavagem. Tal fator também terá relevância nas obrigações de *compliance*, consoante se verá a seguir.

Por fim, na última fase, reintegração, vai haver o retorno do capital, já com aparência lícita, ao mercado formal, sendo a etapa mais difícil de propiciar a descoberta da origem criminosa do bem. A reinserção na economia formal só se transforma criminosa quando houver ao menos uma das fases antecedentes, quais sejam, a ocultação ou a dissimulação. Nesta etapa, o sujeito já conseguiu ocultar ou dissimular o capital, e pode reintroduzi-lo no mercado formal, de modo que será possível aproveitar com mais facilidade o produto auferido com a prática criminosa antecedente, sem que haja um grau elevado de desconfiança da origem deste. Importante ressaltar que a simples integração do capital na economia após o crime antecedente, desacompanhada das fases anteriores de ocultação ou dissimulação não pode configurar o crime, pois o sujeito que realiza esta conduta não quer mascarar a aquisição do capital e sim utiliza-lo ostensivamente após a prática criminosa, permitindo o rastreamento e a identificação pelas autoridades competentes e pelos agentes econômicos.

O delito de Lavagem de Capitais, embora relacionado a um crime antecedente, tem lesividade autônoma, pois traz deletérios efeitos macroeconômicos, desestabilizando a economia, afetando a transparência dos fluxos financeiros e, também, a livre concorrência.

A transparência dos fluxos financeiros é extremamente relevante para se alcançar a concorrência perfeita, porque, por meio desta, é possível a redução das assimetrias de informações que desigualam os agentes econômicos e interferem na competitividade do mercado. Por meio da transparência, permite-se a redução das incertezas da atuação no mercado, fornecendo-se aos agentes econômicos informações relevantes sobre “o crédito, direito, produto ou serviço”[117] disponível no mercado, Segundo Andrei Zenkner Schmidt, “a concorrência só pode ser considerada livre se fornece a todos os participantes do

[117] SCHMIDT, 2014, p. 50.

jogo condições simétricas de possibilidade de acesso a informações relevantes para a tomada de decisões do mercado"[118].

Ao permitir que o capital fácil, obtido "fora das regras do jogo" seja inserido na economia, de forma mascarada, a Lavagem desestabiliza o acesso dos agentes econômicos ao mercado formal, pois, enquanto uma parte dos agentes tem o esforço de obter o capital por meio de suas forças produtivas lícitas, sujeitas aos regramentos, os agentes que lavam o capital obtém pelos meios escusos do crime, tendo, portanto, vantagem competitiva em relação àqueles. A Lavagem de capitais originaria, assim, uma concorrência desleal em favor dos agentes que a realizam[119]. Além disto, haveria uma burla na transparência dos fluxos financeiros, pois não seria possível identificar de onde se originou o capital utilizado naquela atividade específica. Os investidores, por exemplo, serão ludibriados ao destinarem o seu capital e o seu tempo em negócios que são meios para a execução de atos de Lavagem.

Por tudo quanto exposto, entende-se que o bem jurídico resguardado pelo delito de Lavagem de Capitais é a Ordem Econômica em sentido estrito, refutando-se, com a devida *vênia*, todos os entendimentos que consideram ser o bem jurídico imediato resguardado a saúde pública, administração da justiça ou o mesmo bem jurídico do delito antecedente.

Em trabalho anterior, já se teve a oportunidade de abordar, com a cautela que o tema exige, a questão do bem jurídico resguardado pelo delito de Lavagem de Capitais[120]. Nada obstante, é importante assinalar, de forma breve, que o bem jurídico da Lavagem não pode ser a saúde pública, porque isto remete à época em que a preocupação imediata era barrar a lucratividade do criminoso do tráfico de drogas, único delito antecedente positivado para o crime. Além disto, ainda que o tráfico fosse o único crime antecedente, afirmar que a Lavagem de Capitais tem como bem jurídico a saúde pública comprometeria a punição do sujeito que realiza o crime antecedente, pois não haveria justificativa para uma nova incriminação, já que seria apenas a continuação da lesão ao crime anterior (exaurimento não punível). Isto seria totalmente contrário à ideia de surgimento do

[118] SCHMIDT, 2014, p. 51.
[119] BARROS, 2007, p. 54.
[120] FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. *Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais*: legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

crime, que pretende, justamente, punir aquele que ludibria o Estado sobre a forma de aquisição do capital. É de se assinalar, outrossim, que os efeitos da Lavagem, nos termos doravante expostos, já ganham autonomia em relação ao crime antecedente, por força dos seus efeitos macroeconômicos.

Com relação a ser o bem jurídico da Lavagem o mesmo do crime antecedente, também se trata de uma concepção que deve ser rechaçada, tendo em vista que não se pode conceber uma conduta cujo objeto de proteção seja mutável a depender da acessoriedade em relação ao crime que a origina. Deve haver uma justificativa homogênea para a proteção, que não fique a critério do caso concreto observado, sob pena de insegurança jurídica. Além disto, aplicam-se as duas últimas críticas do parágrafo anterior a esta concepção.

Badaró e Bottini assinalam que o bem jurídico resguardado pela Lavagem de Capitais é a administração da justiça, de modo que este delito se assemelharia aos crimes de favorecimento pessoal e real (arts. 348 e 349, CP). Neste sentido, afirmam os autores que o crime "[...]coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas"[121]. Segundo os autores, embora alguns casos de Lavagem de Capitais representem uma ofensa à Ordem Econômica, não é possível conceber que seja este o bem jurídico resguardado, por três razões. Em primeiro lugar porque o impacto econômico da utilização direta do capital criminoso pode ser, na visão dos autores, idêntico ao impacto causado pelo uso do capital lavado. Em segundo lugar, considerar o bem jurídico Ordem Econômica contrastaria com a repressão uniforme, na legislação pátria, das condutas de ocultar e dissimular e reinserir, quando a reinserção representaria maior ofensa à Ordem Econômica. Por fim, assinalam os autores que a finalidade específica do crime, qual seja, realização das condutas com o fim de mascarar a aquisição, seria incompatível com a proteção à Ordem Econômica, porque há casos em que o mascaramento não atinge este bem[122]. Desta forma, as condutas afetariam a administração da justiça, porque é o mascaramento que subtrai as informações das autoridades.

Conforme já destacado, não se concorda com o entendimento apresentado. Primeiramente, refuta-se o argumento de que a utilização direta do

[121] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 53.
[122] Ibid., p. 58-59.

bem na economia tem o mesmo efeito do que a utilização do capital após a Lavagem. Isto porque o mascaramento do bem fornece o desequilíbrio à transparência, e, por via de consequência, à livre concorrência. A simples utilização do capital na atividade criminosa após a prática do crime, sem manobras fraudulentas é facilmente identificável e passível de repressão. Logo, a utilização direta e ostensiva do capital criminoso produz efeitos menores e passíveis de serem revertidos no curto prazo que não justificariam a autonomia da incriminação. Em segundo lugar, no que tange à repressão uniforme, também se refuta a premissa de que a reinserção é sempre mais lesiva. Com efeito, os atos de ocultação e dissimulação, justamente por serem realizados no mercado e nas instituições financeiras (justificando a imposição de obrigações de colaboração aos particulares), podem representar potencial lesivo semelhante à reinserção. É só pensar no exemplo de sujeitos que utilizam a empresa para realizar a mescla de ativos lícitos com ativos ilícitos no mercado, com o fito de ocultar o bem criminoso, ou, ainda, de Instituições Financeiras que não realizem o exame das operações que os clientes realizam. Neste caso, a ocultação apresenta sérios prejuízos ao exercício da livre concorrência e da transparência. É de se assinalar, outrossim, que a dissimulação pode ser igualmente perniciosa, quando o sujeito utiliza uma empresa de "fachada" para justificar os lucros auferidos, também haverá desequilíbrio à concorrência.

Por fim, quanto à ligação entre o mascaramento e administração da justiça, também se refuta, já que o mascaramento é justamente o que afeta a transparência e a livre concorrência. Neste sentido, Antônio Carlos Welter afirma que "o ingresso de capitais lavados em setores da economia pode levar a desequilíbrio, na medida em que os atores favorecidos deste nicho do mercado serão beneficiados em prejuízo dos demais"[123]. Baltazar Júnior assinala que a introdução dos recursos na economia formal, seja para ocultação ou dissimulação, "representa violação do princípio da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica em uma economia de mercado, que pressupõe igualdade de condições para os concorrentes"[124]. Desta forma, pelos fundamentos já expostos,

[123] WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 155.

[124] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: _____; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes

entende-se que as condutas de Lavagem, com a mescla fraudulenta de ativos criminosos com não criminosos, afeta a transparência dos fluxos financeiros e, por conseguinte, a concorrência.

Desta breve narrativa sobre o crime de Lavagem, é possível perceber que a ocorrência deste não é um fator isolado, fruto de uma atuação solitária do criminoso, como pode ocorrer com outros delitos, notadamente os tradicionais (furto, roubo, homicídio), mas sim um processo que envolve uma sequência de atos complexos e que só é bem sucedido com a utilização de múltiplos setores da economia.

Assim, para que fosse possível a prevenção desta criminalidade, nos Estados Unidos iniciou-se um movimento que defende ser essencial o rastreamento do dinheiro (*Follow the Money*), com o objetivo de identificar a origem do capital, simulada com as etapas de lavagem. Ocorre que este rastreamento só seria possível com a colaboração dos agentes econômicos, aos quais se passa a impor deveres de colaboração com o Estado na prevenção à criminalidade, em uma espécie de autorregulação regulada mandatória, nos termos que serão elucidados a seguir.

3.2.2 Marco legal internacional da prevenção à Lavagem de Capitais

A política do *Follow the Money*, inaugurada nos Estados Unidos, foi expandida para outros países, graças aos esforços da diplomacia norte-americana. O documento máximo que representa a necessidade de adoção destas diretivas é o que reúne as 40 recomendações do *Financial Action Task Force* ou Grupo de Ação Financeira Internacional (FAFT-GAFI), publicado em 1990, com o acréscimo de 9 recomendações extras ocorrido em 2001, após o fatídico ataque de 11 de setembro[125]. Além das recomendações do FAFT, o Conselho Econômico da Europa elaborou a Diretiva 91/308 em junho de 1991, posteriormente substituída pela Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do

---

das varas especializadas : homenagem ao ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18.

[125] FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Conselho, a qual, por seu turno, foi revogada pela diretiva atual, Diretiva (UE) 2015/849[126], de 20 de maio de 2015.

O documento máximo do FAFT-GAFI traz 49 recomendações de prevenção à Lavagem de Capitais, que se dividem em 07 grupos: Políticas de coordenação (avaliação de riscos); Lavagem de Capitais e confisco; Evitação do financiamento ao terrorismo; medidas de prevenção; transparência e propriedade efetiva de pessoas jurídicas; Poderes e responsabilidades de autoridades competentes; cooperação internacional[127].

No grupo de avaliação dos riscos, a recomendação determina que os Países avaliem os riscos de Lavagem no seu território, identificando quais são os setores mais propensos aos atos de Lavagem de Capitais, para que as medidas sejam proporcionais a estes riscos. Além disto, deve haver a criação de uma Unidade de Inteligência Financeira que ficará responsável por coordenar as medidas de prevenção aos riscos e, ainda, deverá promover, juntamente com outros órgãos de aplicação da lei, a cooperação internacional.

Nas medidas preventivas, o documento recomenda que as Leis de sigilo bancário do país não interfiram nas políticas de prevenção ao cliente. Além disto, recomenda-se a adoção de políticas de identificação dos clientes e manutenção dos registros dos clientes (política do *Know your Client*) e comunicação de operações suspeitas. Há, ainda, a previsão de medidas específicas para clientes e determinadas operações, a exemplo de pessoas politicamente expostas, novas tecnologias, transferência de valores. A recomendação claramente afirma que é importante que os países obriguem as Instituições Financeiras a implementarem programas de cumprimento interno voltados à prevenção da Lavagem de

[126] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. *Jornal oficial da União Europeia*, Bruxelas, s. L, 5 jun. 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32015L0849>. Acesso em: 23 dez. 2016.

[127] Segundo se extrai da introdução do documento: "As Recomendações do GAFI estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem sistemas legais, administrativos e operacionais diversos e diferentes sistemas financeiros e, dessa forma, não podem todos tomar medidas idênticas para combater as ameaças. As Recomendações do GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares." Cf. FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 2012, p. 6.

Capitais.

Um ponto importante da recomendação do FAFT-GAFI é a previsão de que as obrigações de identificação, registro e comunicação de operações suspeitas se estendam a profissionais (Atividades e Profissões não financeiras designadas), como Cassinos, agentes imobiliários, comerciantes de metais preciosos, Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, Prestadores de serviços a empresas e *trusts*.

As recomendações do FAFT-GAFI são, em boa parte, adotadas pela atual Lei Brasileira antilavagem, nos termos doravante expostos.

3.2.3 Marco legal brasileiro

O Brasil, apesar de ratificar a Convenção de Viena por meio do Decreto n. 154/1991, somente tipificou o delito de Lavagem de Capitais anos depois, em 1998, com a promulgação da Lei n. 9.613/98. A referida Lei, já no artigo 1º, tipifica o crime de Lavagem de Capitais, em todas as suas três fases, quais sejam, ocultação e dissimulação (*caput* e §1º), e reinserção (§2º), como se discorrerá adiante.

A redação original da Lei previu um rol limitado de delitos antecedentes à Lavagem. Em outros termos, a acessoriedade do Delito de Lavagem no Brasil era parcialmente limitada, uma vez que a lei previu um rol taxativo de delitos antecedentes no artigo 1º. A limitação era parcial porque no VII, havia a previsão de crimes praticados por Organização Criminosa, figura delitiva que, por longos anos, foi confundida com Bando ou Quadrilha (antiga redação do artigo 288, CP), por ausência de tipificação legal no Brasil[128]. A menção às Organizações Criminosas, e a confusão desta categoria autônoma com a antiga figura delitiva de Bando ou Quadrilha (artigo 288, CP) propiciava a ampliação do crime de Lavagem, uma vez que o gênero de associações criminosas, embora caracterize crimes autônomos, configura-se como meio para a prática de quaisquer crimes. Assim, era muito comum verificar no Brasil grandes operações policiais com nome midiático, nas quais se imputava o delito de Lavagem de Capitais a sócios de

[128] Sobre este tema, ver estudo anterior, de nossa autoria, antes do julgamento do Habeas Corpus 96007, *leading case* que alterou o entendimento sobre a existência da figura de organizações criminosas no Brasil e suas respectivas consequências para o crime de Lavagem. Cf. FÖPPEL; LUZ, 2011.

organizações que sonegavam tributos, quando este delito sequer se encontrava no rol taxativo da Lei.

Em 2012, a alteração promovida pela Lei n. 12.683 trouxe uma sensível ampliação da prevenção e repressão previstas na lei de Lavagem de Capitais, fruto das críticas sofridas pelo Brasil na análise do FAFT-GAFI em 2010. Segundo a referida avaliação internacional, o Brasil efetuou muitos progressos no combate à Lavagem de Capitais, mormente com a tipificação do crime, criação de Unidade Financeira para cuidar dos reportes de operações suspeitas (COAF). Nada obstante, em que pese esses progressos, ainda havia falhas, de modo que o FAFT-GAFI recomendou que o Brasil adequasse o seu sistema legal nos seguintes pontos: supressão do rol dos crimes antecedentes, para adoção da 3ª geração da lei de Lavagem; criminalização do financiamento ao terrorismo; aumento do confisco de bens fruto de lavagem; aumento da responsabilidade civil ou administrativa de pessoas jurídicas que cometerem Lavagem de Capitais e Financiamento ao terrorismo; aumento dos deveres de *compliance* para entidades não financeiras sensíveis às tipologias do crime, notadamente pessoas físicas e jurídicas que não exercem atividade empresarial ("non-financial businesses and professions"), a exemplo de profissionais liberais, como advogados e notários[129].

Assim, a partir da promulgação do diploma modificador, na Lei de Lavagem, em relação ao tipo penal, deixou de existir o rol restritivo de crimes antecedentes, e passou-se a incriminar a ocultação, dissimulação ou reintegração do capital oriundo de *qualquer* infração penal no Brasil, o que inclui as contravenções penais. Esta inclusão das contravenções penais se deu, nitidamente, em virtude da figura de contravenção de jogos de azar, que gera inúmeros lucros passíveis de Lavagem de Capitais e ofensas à Ordem

[129] "Key recommendations made to Brazil include: criminalise FT in a manner consistent with the international requirements; continue to support the Specialised Federal Courts and other measures to enhance the ability to apply final sanctions for ML; extend corporate civil or administrative liability to legal persons who commit ML/FT; ensure that confiscation is systematically pursued; implement effective laws and procedures to take freezing action pursuant to the relevant United Nations Security Council Resolutions (UNSCRs); broaden the obligation to declare physical cross –border transportations of currency and bearer negotiable instruments (BNI); enhance supervisory powers and resources in some areas; increase supervision of non-bank financial institutions; and extend AML/CFT requirements to all categories of designated non-financial businesses and professions (DNFBP)." Cf. FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Financial Action Task Force on Money Laundering in South America. *Mutual evaluation report*: executive summary : anti-money laundering and combating the financing of terrorism : Federative Republic of Brazil. [S.l.]: FATF, OECD, 2010. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20ES.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Econômica. Nada obstante, a ampliação a este ponto apresenta efeitos nocivos ao Sistema Brasileiro.

Em primeiro lugar porque, consoante assinala Janaina Paschoal, a expansão indevida na punição do delito de Lavagem de Capitais, que pode comprometer a eficácia da repressão para os casos de maior gravidade, já que assoberbará os agentes públicos com riscos e danos menores. Além disto, trata-se de ampliação que sequer encontra amparo na Convenção de Palermo. Vladmir Aras pontua que a ampliação do rol de crimes antecedentes causará situações de conflito aparente de normas penais, notadamente com os casos de receptação (artigo 180, CP) e favorecimento real (349, CP), de modo que deveria haver uma restrição interpretativa do delito de Lavagem, fundada em interpretação sistemática do Ordenamento (incluindo Leis e Convenções Ratificadas pelo Brasil) para considerar-se a Lavagem de Capitais apenas nos casos de crimes graves, nos termos definidos pela Convenção de Palermo[130].

A Lei em questão também trouxe outras importantes modificações no âmbito do Direito Penal preventivo, ampliando os sujeitos das obrigações administrativas de prevenção à Lavagem de Capitais, tema que interessa para esta tese. Com efeito, estes sujeitos listados passam a ser obrigados a colaborar com o poder público, a partir da visão de incapacidade do Estado intervir, prevenindo e reprimindo, todos os danos e perigos à Ordem Econômica, adotando-se a ótica Estado Regulador, já abordada nesta tese. Estes sujeitos obrigados passam a ter a função de vigias e comunicadores de práticas suspeitas de Lavagem de Capitais no mercado formal, os denominados *Gatekeepers*[131].

Com efeito, nos artigos 9º a 12 há um conjunto de previsões que determinam a um rol de sujeitos que atuam em setores estratégicos da atividade econômica uma obrigação de se autorregularem de forma adequada às previsões da lei de Lavagem de Capitais.

Neste sentido, o artigo 9º elucida as pessoas obrigadas[132]: Instituições

---

[130] ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 5-7, ago. 2012.

[131] PASCHOAL, Janaina Conceição. Lei 12.683/12: mais um capítulo na ingerência indevida. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: Liber Ars, 2014b, p. 238.

[132] "Art. 9º 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: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;
II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;
III – a custódia, emissão, distribuição, liqüidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.
Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:
I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)
II – as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;
III – as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;
IV – as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;
V – as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);
VI – as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;
VII – as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;
VIII – as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;
IX – as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;
X – as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)
XI – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antigüidades.
XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)
XIII – as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)
XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)
a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)
XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)
XVI – as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)
XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)
XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)". Cf. BRASIL. Lei n. 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

Financeiras no sentido mais amplo possível (artigo 9º, I, II, III, §1º I, II, III, IV, VIII); as empresas de arrendamento mercantil e fomento comercial; empresas que efetuem distribuição de bens móveis ou qualquer sorteio; filiais de empresas estrangeiras que exerçam quaisquer das atividades listadas no artigo; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte, bens de luxo e alto valor, ou que recebam grande volume de dinheiro em espécie; pessoas físicas ou jurídicas que atuem com promoção imobiliária ou compra de bens imóveis; pessoas físicas ou jurídicas que representem interesses de estrangeiros que exerçam quaisquer das atividades previstas no artigo; juntas comerciais; pessoas que prestam serviço de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento em relação a compra de bens móveis, gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, abertura de contas, criação de sociedades, fundações ou fundos fiduciários de qualquer natureza, ou, ainda de operações financeiras, societárias ou imobiliárias ou de alienação; pessoas jurídicas ou físicas que atuem no mercado esportivo com negociação de direitos de atletas ou feiras; empresas de transporte de valores; empresas que atuam no agronegócio.

Percebe-se, desta forma, que há um extenso rol de sujeitos obrigados, prevendo, inclusive, pessoas físicas e jurídicas que atuem em setores da economia sensíveis às práticas de Lavagem, os quais aparecem em muitos dos exemplos anteriormente listados na tipologia do delito.

Nos artigos 10 e 11 são estabelecidas as obrigações que as pessoas físicas ou jurídicas listadas no artigo 9º devem cumprir. As obrigações serão analisadas em tópico próprio, mas, apenas para citar, no artigo 10, prevê-se a identificação e registro dos clientes (I e II), a obrigação de manter os cadastros atualizados nos órgãos fiscalizadores e de atender às recomendações do Coaf (IV e V). De forma bem específica, no inciso III, encontra-se a norma que permite concluir a Lei de Lavagem previu a autorregulação regulada mandatória para os sujeitos obrigados, uma vez que há a expressa menção à necessidade destes de adotarem “políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações”[133].

---

outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 4 mar. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 5 out. 2013.

[133] BRASIL, 1998b.

No artigo 11, há a previsão de realizar a comunicação, em 24h, ao Coaf, das operações suspeitas, acompanhadas da documentação exigida para o conhecimento do cliente (artigo 10, I e II). Além da declaração positiva, quando houver operações suspeitas, o inciso III prevê a declaração negativa, que deverá ocorrer nas hipóteses em que a empresa não tenha constatado operações suspeitas. Trata-se de previsão para afastar futuras alegações do sujeito obrigado de erro sobre suas obrigações. O sujeito que apresenta a declaração negativa está nitidamente afirmando que tem consciência das suas obrigações previstas na lei, que se autorregulou de forma a prevenir a prática de lavagem e que não constatou qualquer operação suspeita. Isto terá consequências para a aplicação da sanção administrativa e pode repercutir na responsabilidade criminal, consoante se discorrerá em momento oportuno.

Caso os sujeitos obrigados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, não cumpram as obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da Lei, estarão sujeitos às sanções administrativas previstas no artigo 12, quais sejam, advertência, multa pecuniária de até R$ 20.000.000,00 (20 milhões de reais), inabilitação temporária, por até 10 anos, do cargo de administrador das pessoas referidas no artigo 9º e cassação ou suspensão para o exercício da atividade, operação ou funcionamento. São sanções administrativas graves para determinar que o sujeito colabore com o Estado.

É imprescindível afirmar, também, que apesar da previsão de sanções à pessoa jurídica, são estas de natureza exclusivamente administrativa, uma vez que não há, no Brasil, responsabilidade penal da pessoa jurídica fora das previsões da Lei de crimes ambientais.

Feitas estas considerações genéricas sobre a Lei, é importante tratar de considerações dogmáticas sobre a tipificação do crime de Lavagem de Capitais no Brasil.

3.2.3.1 Considerações dogmáticas sobre o crime de Lavagem de Capitais na lei brasileira

A Lei n. 9.613/98 tipifica a Lavagem no artigo 1º e parágrafos, incriminando, portanto, todas as fases do processo. Nada obstante, em que pese todas as fases sejam incriminadas, não se pode olvidar do processo que

representa o crime de lavagem. Deste modo, a autonomia da incriminação das fases tem de ser interpretada de forma relativa, devendo-se avaliar, no caso concreto, a ligação de cada conduta com o processo integral de lavagem, nos termos que serão elucidados.

No *caput*, há a incriminação das condutas de "ocultar e dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal"[134]. A ocultação, como já se assinalou, pressupõe o ato de esconder o capital oriundo do crime, evitando a ligação com o sujeito antecedente e a descoberta deste capital, para que seja possível realizar, futuramente, os próximos atos de lavagem. A dissimulação, por seu turno, é o ato de mascarar a aquisição do capital, por meio da realização de um negócio fraudulento. São, portanto, as duas primeiras fases do crime de Lavagem, que podem ocorrer de múltiplas formas, como se afirmou em relação à tipologia. No *caput*, conforme destacado por Badaró e Bottini, as modalidades ocultar e dissimular transformam o tipo em complexo ou misto, que deve ser interpretado na espécie alternativa, ou seja, a realização de ambas as condutas em relação a um bem configura delito único, de modo que a dissimulação absorve a anterior ocultação[135]. Manifesta-se também sobre a alternatividade Marco Antônio de Barros[136].

A fase de ocultação, justamente por ser a primeira fase do delito, pode gerar situações de dúvida quanto ao exaurimento do crime antecedente. Por força disto, a fase de ocultação deve ser interpretada de forma mais restrita possível, ou seja, como um ato que apresenta a conexão com uma finalidade de posterior dissimulação e reinserção no mercado formal lícito que só será consumado quando houver a prática do ato que possibilite, ainda que momentaneamente, a ocultação do bem, e represente o desdobramento natural para a reinserção no mercado. Neste sentido, assinalam Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini que o ato de ocultar deve ser acompanhado da finalidade de converter o bem em ativo lícito no futuro[137]. Janaina Paschoal também se manifesta a este respeito, afirmando que o delito de Lavagem pressupõe a conjugação de "ação e finalidade, sendo

[134] BRASIL, 1998b.
[135] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 63.
[136] BARROS, 2007, p. 60.
[137] BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 64.

certo que ambas são essenciais a sua configuração"[138].

Desta forma, no caso concreto, não será ato de Lavagem a simples ocultação do bem sem demonstração de ligação com a finalidade criminosa de mascaramento. Consoante assinalam Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini, se a ocultação demonstra que o agente apenas esconde o capital para aguardar o melhor momento de usufruí-lo, sem qualquer intenção de enganar ou mascarar a sua aquisição, não há lavagem[139]. Em outros termos, esconder o produto em casa ou depositá-lo todo na própria conta corrente[140] não configura um crime de Lavagem[141].

Sobre a ocultação, há a divergência quanto a natureza permanente ou instantânea deste crime. Trata-se de definição da mais alta relevância prática, notadamente após a alteração em 2012, por força do teor do Enunciado n. 711 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que determina a possibilidade de aplicação da Lei penal mais grave ao caso concreto quando esta tiver vigência antes da cessação da permanência do crime. Assim, caso a modalidade ocultar tenha natureza permanente, as ocultações ainda em curso no momento da vigência, porém iniciadas antes, poderão ser consideradas típicas e passíveis de repressão criminal. Além disto, os crimes permanentes admitem a prisão em flagrante a qualquer momento, e só iniciam a contagem do prazo prescricional após a cessação da permanência.

Consoante assinala Mariângela Gomes, a natureza instantânea ou permanente do crime relaciona-se com a forma de afetação aos imperativos das normas tuteladas. Assim, o crime será instantâneo quando a conduta humana,

---

[138] PASCHOAL, 2014b, p. 237.

[139] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 65.

[140] Baltazar Jr. traz exemplos em que não ocorre o crime: "pagamento de contas com valores provenientes de crimes, sem camuflar ou dissimular a origem dos valores", julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região; compra de imóvel com produto do crime, no qual o agente passa a residir e depósito de dinheiro na conta de sua titularidade. Cf. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2012, p. 825.

[141] Em sentido contrário, corroborando que toda ocultação é criminosa, cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: _____ (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 191. Baltazar Jr. também traz exemplos jurisprudenciais do reconhecimento de ocultação, quando, confore aqui se defende, havia um mero exaurimento do crime antecedente. Neste sentido, há o exemplo de caso julgado pelo TRF da segunda região, em que uma organização criminosa escondia quantia superior a cinco milhões de reais em valores provenientes do crime. Neste caso, entende-se que, se não estiver demonstrada a potencialidade lesiva para a posterior dissimulação e reintegração, não é possível falar em crime de Lavagem de Capitais, a despeito do que fora consignado no julgado em questão. Cf. Ibid., p. 823.

simultaneamente à violação da norma penal, "destrói o bem jurídico protegido ou coloca em andamento as condições que depois produzem a sua destruição, sem que, devido à natureza do bem protegido, seja possível prolongar a conduta"[142]. No caso do crime permanente, "a violação do imperativo da norma se prolonga por um determinado período de tempo, durante o qual se lesiona, sem destruir, o bem jurídico protegido"[143]. No estado permanente, a consumação se protrai no tempo, porque o bem jurídico permanece afetado pelo agente. Ainda de acordo com os ensinamentos de Mariângela Gomes, na permanência:

> [...] o tipo penal incrimina não só a conduta inicial, mas também a conduta sucessiva de manutenção da situação lesiva, que se dá pela forma omissiva. Por esta razão, é possível identificar no crime permanente as características dos crimes mistos cumulativos, tendo em vista que a conduta incriminada é positiva no início e omissiva na sua projeção antijurídica. Daí a importância de se reconhecer que no crime permanente o elemento decisivo está não só na incriminação da conduta criadora da situação antijurídica, mas também da conduta que a mantém.[144]

Assim, verifica-se que, nos crimes permanentes, há a proibição inicial em relação à conduta e, uma vez violada esta proibição, subsiste uma nova reprimenda, dependente da primeira, que obriga o sujeito a cessar a conduta criminosa. A existência dos crimes permanentes pressupõe, como assinala a autora, a existência de um bem não destrutível pela conduta do autor, ou seja, de um bem que, após cessada a prática delitiva, "reviva em sua plenitude"[145]. Desta forma, se o bem for destrutível a partir da conduta do autor, não há que se falar em crime permanente, e sim em crime instantâneo, ainda que os efeitos da conduta sejam eternos, como no caso do Homicídio, em que a conduta do sujeito destrói o bem jurídico vida e a norma não que se faça cessar a morte, porque esta já ocorrera. A característica do bem não é a base da definição do crime permanente, mas o pressuposto para esta: bens destrutíveis não podem ser alvo de crimes permanentes.

Feitas as considerações sobre o crime permanente e instantâneo, cumpre investigar qual a natureza jurídica da modalidade ocultar.

Para Badaró e Bottini, a dúvida em relação ao caso concreto consiste em saber se, na ocultação, há a repressão da conduta inicial de esconder e da

---

[142] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.
[143] Ibid., loc. cit.
[144] Ibid., loc. cit.
[145] Ibid., p. 55.

continuidade desta enquanto o bem estiver ocultado ou se o ato de esconder consumar a ocultação seria instantâneo e a permanência neste estado seria um efeito permanente da conduta instantânea[146]. Concluem assinalando que o crime é instantâneo com efeitos permanentes, pois se consuma no momento da realização da conduta, e não haveria um comportamento delitivo constante, embora o autor continue auferindo os benefícios da conduta. Apenas reafirmando o que já se disse anteriormente, os autores consideram o bem jurídico resguardado como a administração pública. Heloísa Estelitta também concorda com os autores em relação à natureza instantânea do crime[147].

Marco Antônio de Barros assinala que o crime é permanente[148]. Na jurisprudência, há a tendência a se considerar a redação ocultar como crime permanente, conforme se observa em alguns julgados trazidos por Badaró e Bottini[149], em que pese o STF ainda não tenha definido posição sobre o tema, tendo apenas tangenciado a questão no julgamento do Inquérito 2.471, quando a questão ficou aberta à discussão na fase da ação penal.

Segundo aqui se entende, o crime de Lavagem, na modalidade ocultar, é permanente, por duas razões: em primeiro, pelo pressuposto de que a Ordem Econômica não é um bem passível de destruição a partir de uma única conduta de ocultação, tendo em vista que a livre iniciativa e a transparência dependem da ação de uma multiplicidade de atores; em segundo lugar, porque o sujeito, ao encobrir o capital auferido com a prática do crime, continua afetando a transparência dos fluxos financeiros com a manutenção do bem ocultado, de modo que a norma impõe, sim, a cessação da prática de ocultar.

A dissimulação, por seu turno, já representa o ato de mascaramento em si, a partir da fraude realizada para enganar a aquisição lícita. Nesta hipótese, trata-se de crime instantâneo, que se consuma a partir da fraude realizada para mascarar a natureza criminosa do bem.

É de se destacar, outrossim, que a ocultação e a dissimulação só são criminosas quando tiverem como objeto material bens derivados de prática delitiva anterior. Assim, é preciso que se demonstre a ligação do bem com a

---

[146] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 75.
[147] ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 2, ago. 2012.
[148] BARROS, 2007, p. 63.
[149] BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 76.

infração penal anterior, pois, se não for demonstrado, não haverá crime. A própria lei determina a limitação da acessoriedade, já que não é necessário aguardar o transito em julgado do crime antecedente. Isto pode trazer insegurança jurídica, uma vez que o processo da Lavagem pode ser mais rápido do que o relativo ao crime antecedente ou sequer pode haver processo pelo crime antecedente. Sobre as críticas à opção legal, também se remete a estudo em coautoria com Gamil Föppel.

As figuras de ocultação e dissimulação são comissivas, em que pese possa existir a hipótese da omissão imprópria, quando houver dever de garante e quando preenchidos os requisitos do tipo, o que não será abordado no momento.

Além disto, tratam-se de delitos comuns, que podem ser cometidos, inclusive, pelo sujeito que realizou o crime antecedente, tendo em vista a autonomia do bem jurídico protegido, nos termos destacados.

Ainda tratando dos elementos objetivos do tipo, deve-se analisar as condutas previstas nos parágrafos. No parágrafo 1º, há a incriminação dos chamados tipos de conversão ou transferência e de aquisição e posse.

Segundo a redação típica, também comete crime de Lavagem de Capitais todo aquele que, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores oriundos da prática de infração penal, os converter em ativos lícitos, adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, tiver em depósito, movimentar ou transferir e, por fim, aquele que importar ou exportar com valores não correspondentes à realidade.

Segundo se entende, no parágrafo 1º há a incriminação de algumas condutas meio para a ocultação e a dissimulação do *caput*, em uma espécie de antecipação punitiva do legislador. Em outros termos, todos aqueles que, pretendendo ocultar ou dissimular o capital, realizem estas condutas meio, serão punidos antecipadamente com a mesma pena do crime consumado do *caput*. Seria uma espécie de punição autônoma da tentativa como se crime consumado fosse. Caso não houvesse esta hipótese, a mera realização das condutas com o intuito de ocultar ou dissimular já seria criminosa e tentada, quando não fosse possível obter o resultado final de ocultação e dissimulação[150].

[150] MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: (lavagem de ativos provenientes de crime) : anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95.

Apesar do intuito ser a incriminação da tentativa de forma autônoma, Badaró e Bottini assinalam, de forma correta, que este crime se assemelha ao do *caput* porque estas condutas narradas "quando consumadas escondem os bens, a não ser quando interrompidas antes do final (tentativa)"[151].

Segundo Carla de Carli, as modalidades do parágrafo 1º são a manifestação autêntica do crime de lavagem no seu aspecto criminológico, uma vez que há a "realização de diversas operações, ou camadas de operações, para conferir aos bens ou valores ilicitamente obtidos a aparência de legalidade"[152] cuja previsão se encontra na Convenção de Viena. A autora lembra, inclusive, que, nos Estados Unidos da América, país pioneiro na incriminação, só há essa modalidade de conversão como crime.

No inciso I, há a incriminação daquele que converte os bens em ativos lícitos, com o fim de ocultá-los ou dissimulá-los. Pode ocorrer, neste caso, a simples conversão dos ativos financeiros, como a troca de moedas ou a troca do dinheiro por joias, passagens aéreas, bens de luxo. Baltazar Jr. assinala que a jurisprudência tem considerado como hipóteses desse crime a aquisição de ativos societários como quotas em sociedades limitadas, participação acionária em companhias, créditos e aplicações financeiras. O autor apresenta, ainda, o exemplo do investimento indireto, no qual o agente "injeta valores oriundos de atividade ilícita em uma empresa lícita, valendo-se de uma empresa de fachada, nacional ou estrangeira, como suposta investidora ou compradora"[153] Carla de Carli traz como exemplos da ocorrência deste crime, nesta modalidade, a compra de veículos ou imóveis em nome e endereço de terceiros e o caso de um traficante, nos EUA, que gastou milhares de dólares em roupas, com a cooperação de um comerciante que registrou as compras sob nomes falsos.[154] É importante mencionar que só haverá crime nesta modalidade se restar nítida a ligação entre a ação e a finalidade nesta conduta, ou seja, se se observar que o objetivo é ocultar ou dissimular o bem para propiciar a reinserção, sendo atípicas as condutas de conversão para uso próprio, consoante afirmam Badaró e

---

[151] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 107.
[152] DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: _____ (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 200.
[153] BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 826.
[154] DE CARLI, op. cit., p. 202.

Bottini[155] e Carla de Carli[156]. Esta modalidade do inciso I também se classifica como comissiva e comum, podendo ser realizada por qualquer pessoa.

No inciso II, tipifica-se a ação de todo aquele que adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere. Trata-se de tipo penal misto alternativo, da mesma forma que a ocultação e a dissimulação do *caput*[157], que vai se consumar quando houver a realização das condutas descritas. Em algumas das condutas listadas no inciso II, há a introdução dos bens e valores na economia formal para ocultá-los ou dissimulá-los, pois ainda não se trata de reinserção após a ocultação ou dissimulação[158]. Nas modalidades adquirir, receber, receber em garantia, o crime não pode ser praticado pelo sujeito que realizou o crime antecedente, por uma razão óbvia: o bem não deve estar na posse de quem adquire, recebe ou recebe em garantia, o que exclui o autor do crime antecedente. Nas outras modalidades, o delito é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. É importante referir que a simples guarda ou manutenção em depósito pelo agente antecedente, sem fraude, não configura o crime em questão, tratando-se de mero exaurimento do crime antecedente[159].

No inciso III, incrimina-se aquele que importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. Percebe-se, de logo, que só há a realização deste crime quando houver a fraude, elemento idôneo a permitir a ocultação ou dissimulação. Também se trata de crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. Há um ponto relevante nesta previsão que diz respeito ao conflito aparente de normas com o crime de evasão de divisas, quando se tratar de operações de câmbio. Carla de Carli entende que há um concurso de crimes entre ambos, em virtude dos diferentes tipos penais protegidos[160]. Com vênia, discorda-se. Segundo se entende aqui, a situação é clara de conflito aparente de normas, que se resolverá pela especialidade: quando se tratar de bens de origem criminosa, o crime será de Lavagem de Capitais, ao passo que restará à evasão de divisas os comportamentos de transferência ilegal cuja origem é licita, porém o processo fora realizado de forma

[155] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 107.
[156] DE CARLI, 2010, p. 203.
[157] BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 107.
[158] DE CARLI, op. cit., p. 205.
[159] BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 108.
[160] DE CARLI, op. cit., p. 308.

ilegal.

No parágrafo 2º, inciso I, há a incriminação daquele que utiliza na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Segundo aqui se entende, com escólio em Baltazar[161], Badaró e Bottini, trata-se da incriminação da fase de reinserção, última fase do crime de Lavagem. Isto significa que a utilização na atividade econômica só será possível de incidir na hipótese legal quando o capital já tiver sido ocultado ou dissimulado, sendo impossível ocorrer antes. A utilização na atividade econômica ou financeira como forma de ocultar ou dissimular já configura crime nas modalidades antecedentes no *caput* e no parágrafo primeiro, de sorte que a tipicidade, neste caso, limita-se à terceira fase do crime.

É de se afirmar que, aqui, refuta-se o entendimento de que a conduta é criminosa independentemente das fases de ocultação ou dissimulação. Consoante já assinalado, a utilização ostensiva na atividade criminosa, sem a ocultação ou a dissimulação do bem, não configura a ofensa à transparência, imprescindível para a materialização do crime. A reinserção é modalidade instantânea, comum e comissiva.

Para concluir a análise dos tipos sob a perspectiva objetiva, importante tratar da última modalidade prevista, qual seja, a participação em grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática dos crimes previstos na lei. Segundo a exposição de motivos, a modalidade prevista consiste em "uma forma especial de concorrência que permitirá a imputação típica mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da Lavagem ou ocultação"[162].

Trata-se de previsão pitoresca, em que se verifica, conforme destacado por Luiz Régis Prado, a nítida violação ao Princípio da Legalidade, vertente taxatividade, uma vez que não há a descrição adequada da conduta delitiva, comprometendo a clareza e a determinação da lei[163]. A mera participação em grupo ou escritório jamais pode configurar crime, de modo que, para "salvar" a

---

[161] BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 612.

[162] Item 44 da Exposição de motivos da Lei n. 9.613. Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos n. 692, de 18 de dezembro de 1996*. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/>. Acesso em: 29 jun. 2015.

[163] PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial : direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b. v. 8, p. 439.

redação típica, impõe-se uma leitura restritiva, no sentido que só será possível considerar como responsável por esta modalidade delitiva aquele que, a despeito de não ocultar ou dissimular os bens oriundos de infração penal, contribui para a ocultação ou dissimulação, realizando uma conduta delitiva fora dos limites do risco permitido. Assim, jamais poderão ser incriminados a secretária, o motorista ou os funcionários da limpeza da empresa que agem enquanto tais, na neutralidade de suas funções, ainda que saibam da realização de atos de Lavagem por seus superiores.

É de se destacar, outrossim, que são refutadas aqui as ideias de Baltazar Jr., para quem o legislador resolveu criar uma figura típica autônoma de associação criminosa para a Lavagem (semelhante ao que ocorre com a associação para o tráfico), na qual haveria concurso material com o crime de Lavagem quando os tipos efetivamente se realizarem[164]. Não se concorda com esta conclusão por duas razões simples, contidas na lei: em primeiro lugar, não foi um tipo autônomo na lei, e sim um tipo relacionado, em que o legislador afirma: pune-se com as mesmas penas, demonstrando a alternatividade das condutas. Além disto, a redação típica não traz um número mínimo de pessoas para a configuração delitiva, como ocorre com os outros delitos de associação[165]. De outro modo, a interpretação do §4º refuta completamente este entendimento, uma vez que há a previsão de aumento de pena no caso de crime praticado por organizações criminosas. Embora a organização criminosa não se confunda com os delitos de associação, que são gênero do qual aquela é espécie, há de se afirmar que, a partir de uma interpretação teleológica, não há como compatibilizar a causa de aumento de pena com a premissa de que houve a previsão de figura autônoma de associação para a Lavagem.

Conclui-se, portanto, que o tipo em comento resulta da péssima técnica legislativa que pretendeu equiparar autores e partícipes na mesma categoria, ao punir as participações juridicamente relevantes nos crimes de Lavagem. Infelizmente, com o objetivo de punir mais, olvidou-se da garantia básica da legalidade/taxatividade.

Quanto ao elemento subjetivo dos crimes, é de se afirmar, em primeiro lugar, que no Brasil não foi tipificada a modalidade culposa, uma vez que esta,

[164] BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 827.
[165] PRADO, 2014b, p. 439.

nos termos do artigo 18 do Código Penal, é modalidade excepcional que deve vir destacada na lei, o que não se verifica. Desta forma, todos os crimes cujos elementos objetivos foram objeto de análise só são punidos na modalidade dolosa.

Nada obstante, em que pese haja consenso sobre a impossibilidade de aceitação da modalidade culposa, a questão do elemento subjetivo doloso é mais complexa do que a leitura superficial possa, em princípio, indicar. Entende-se que é necessária uma reflexão mais profunda sobre esta temática, com a maturação sobre os posicionamentos dogmáticos realizados sobre o tema, que se reserva a concretizar na redação final da tese.

Para o presente momento, é importante consignar, com fundamento em Kai Ambos[166], que o elemento subjetivo da Lavagem de Capitais, tendo em vista a complexidade e a pluralidade do fenômeno, deve ter sua analise bipartida em dois questionamentos, que, uma vez elucidados, permitirão a conclusão adequada sobre a possibilidade, ou não, de se admitir o dolo eventual. Neste sentido, é necessário, preliminarmente, perquirir as exigências que devem ser estabelecidas quanto ao conhecimento da origem criminosa dos bens, direitos ou valores referidos no tipo penal brasileiro; em um segundo momento, é necessário verificar se a Lei Brasileira exigiu a persecução de uma determinada finalidade ao criminalizar as condutas no artigo 1º.

Assim, com relação ao primeiro questionamento, o que se deve investigar é o grau de conhecimento que deve ser exigido do agente sobre a origem criminosa dos ativos utilizados. Badaró e Bottini consignam de maneira adequada o tema ao estabelecerem o seguinte questionamento: “é suficiente que ele (sujeito ativo do crime) desconfie da origem infracional (dolo eventual) ou faz-se necessária a consciência plena da proveniência ilícita dos bens?”[167]

Para os autores, no *caput* do dispositivo é necessário que haja a completa e plena consciência da origem ilícita dos bens[168], de modo que não é admitido o dolo eventual, somente o dolo direto. Para justificar o posicionamento, Badaró e Bottini realizam uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico, aduzindo que, no caso da Lavagem, há no tipo penal um comportamento

[166] AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007, p. 27.
[167] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 95.
[168] Ibid., loc. cit.

incriminado que pressupõe “ciência de um estado/fato/circunstância anterior”, da mesma forma que ocorre nos crimes de perigo de contágio venéreo (artigo 130, CP), na receptação qualificada (art. 180, §1ºCP) e excesso de exação (art. 316, §1º, CP). Em todos estes casos, quando o tipo penal estabeleceu a expansão para o dolo eventual, isto veio expressamente consignado a partir da utilização da expressão deve saber. Transposto o raciocínio para a Lavagem, caso houvesse dolo eventual em relação à ciência da origem dos bens, direitos ou valores, esta expressão deveria ser claramente apresentada, o que não foi feito. Sendo assim, o *caput* do dispositivo não admitiria o dolo eventual, na visão dos autores[169]. Com relação aos incisos do §1º, os autores também se manifestam pela inadmissibilidade do dolo eventual em relação à proveniência ilícita dos bens, restringindo a hipótese ao dolo direto. No que tange ao §2º, inciso I, utilização na atividade econômico financeira, os autores assinalam que, após a reforma, a supressão da expressão que sabe é indicativa da atual admissibilidade de dolo eventual para esta modalidade.

Baltazar Júnior, comentando a antiga redação da Lei de Lavagem, afirmava que apenas o inciso I do parágrafo 2º apresentava uma restrição ao dolo eventual, tendo em vista a utilização da expressão “que sabe”. Nos demais casos, em que não há uma opção clara do legislador em excluir o dolo eventual, seria admitida e aceita esta modalidade de dolo, nas hipóteses em que “o lavador do dinheiro não tem a certeza de que o objeto da lavagem é produto de atividade criminosa, mas assume o risco de que os bens tenham origem criminosa, apesar de as circunstâncias o indicarem”[170]. Com a nova redação introduzida pela reforma, a expressão que sabe foi suprimida, de modo que, seguindo a linha de raciocínio do autor, seria aceito o dolo eventual, por não haver a opção de exclusão por parte do legislador.

Com relação ao segundo questionamento proposto, qual seja, a exigência, ou não, de finalidade para a realização das condutas incriminadas, é de se perquirir se o tipo penal exige algum fim transcendental. Consoante assinala Mariangela Gomes, em alguns tipos penais, deve haver determinada “finalidade, direção ou sentido que o autor deve imprimir à sua conduta”[171], de

[169] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 96.
[170] BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 828.
[171] GOMES, 2014.

modo que esses elementos passam a fazer parte da estrutura típica da norma e devem ser exigidos no caso concreto para a configuração do crime. Luiz Régis Prado ensina que, nestes tipos penais, o desvalor da ação não se esgota no dolo, exigindo-se do agente, quando da realização da conduta, uma intenção que extrapole os limites do âmbito objetivo do tipo. De se destacar que esta intenção não precisa, necessariamente, ser alcançada, bastando que esteja presente na realização da conduta incriminada.

Feitas estas breves considerações, o entendimento que se defende aqui é o de que o processo de Lavagem de Capitais, em toda a sua extensão prevista na lei, exige a presença de uma finalidade específica, qual seja, a realização de atos de ocultação ou dissimulação com o propósito de reinserção. Consoante já exposto, a Lavagem de Capitais congrega ação e finalidade, sendo ambas exigíveis para a verificação do fenômeno. Assim, tanto no *caput* quanto no parágrafo 1º, o crime é classificado como um delito de intenção, nos quais o autor "busca um resultado compreendido no tipo (intenção de realizar atos posteriores), mas que não precisa necessariamente alcançar"[172]. No *caput*, mesmo que ausente na descrição típica, concorda-se com Badaró e Bottini quando assinalam que o elemento subjetivo especial se encontra implícito no tipo, à luz de uma interpretação teleológica[173]. Em outros termos, a vontade de lavar o capital deve estar presente na realização da ocultação ou dissimulação, de modo que só se configurará a conduta delitiva quando restar demonstrado o especial fim de agir consistente na intenção transcendental de utilizar a ocultação e a dissimulação para reinserir o capital criminoso no circuito financeiro com aparência de licitude. No parágrafo 1º, o elemento especial é nítido, qual seja, para ocultar ou dissimular e, ainda que não se diga, da mesma forma que no *caput*, permanece a finalidade consequente do ocultar ou dissimular, qual seja, a reintrodução dos bens no sistema econômico formal.

E, com base na premissa acima fixada, é de se destacar que os tipos penais previstos no parágrafo 1º e no *caput*, justamente por exigirem a intenção transcendental, só podem ser configurados quando estiver presente o conhecimento pleno sobre a origem criminosa dos bens e a vontade de realizar uma conduta de ocultação e dissimulação destes, para alcançar-se o resultado

[172] PRADO, 2014b, p. 396.
[173] BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 103.

completo da lavagem. Desafia a compreensão lógica que alguém tenha a intenção de ocultar, dissimular e reinserir bens direitos ou valores no circuito formal da economia, ou seja, que um sujeito queira de fato conferir ao bem, direito ou valor uma aparência lícita, ludibriando a forma de aquisição, sem que tenha o pleno conhecimento da proveniência criminosa dos bens. Não é possível ter a intenção de "lavar" o capital assumindo o risco de que os bens, direitos ou valores são provenientes de crime. Só resta demonstrada a intenção de "lavar" o capital quando verificada a certeza da origem criminosa.

Desta forma, para os limites da legislação Brasileira, não se entende como possível o dolo eventual[174], em nenhuma das modalidades previstas na Lei, em que pese a exposição de motivos da redação original disciplinar que é admissível o dolo eventual no *caput*, sendo vedado nos parágrafos.[175] De se consignar que a exposição de motivos é modalidade de interpretação doutrinária não vinculante, não se confundido com a interpretação autentica, vinculante, contida nas normas penais explicativas.

3.3 PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO

3.3.1 Breves notas sobre a corrupção

Antes de adentrar nos comentários sobre os diplomas legais que tratam da prevenção às práticas de corrupção, faz-se mister tecer breves comentários sobre esta conduta delitiva e sua respectiva potencialidade lesiva. Importa destacar que não se trata de estudo específico sobre o tema da corrupção, que demandaria outra tese de doutorado, de modo que as considerações aqui traçadas não tem qualquer pretensão de exaurir a temática e sim de apresentar os aspectos gerais pertinentes à compreensão do *compliance* e prevenção à corrupção.

Em linhas gerais, a ideia central do fenômeno da corrupção pode ser resumida à luz da premissa de abusividade no desempenho de funções

[174] Por via de consequência, consoante também se discorrerá na redação definitiva, não se admite a aplicação da teoria da cegueira deliberada na interpretação dos tipos penais previstos pela lei brasileira.
[175] Item 40 da Exposição de motivos da lei. Cf. BRASIL, 1996.

legitimamente estabelecidas a um sujeito (*intraneus*) por um agente principal[176], com o fito de atender interesses de um estranho alheio à relação (*extraneus*).

Da premissa apresentada, é possível inferir que o fenômeno da corrupção envolve três partes: um sujeito (agente principal) que, com base em uma relação de confiança, outorga a outrem (*intraneus*) poderes especiais para o exercício de uma função de interesse daquele, e um terceiro estranho a esta relação (*extraneus*) que se imiscui na relação legitimamente firmada entre o principal e o *intraneus*, buscando tratamento diferenciado a partir da abusividade do exercício da função do *intraneus*, mediante o pagamento, oferecimento ou entrega de vantagem indevida a este ultimo[177].

A corrupção envolve, portanto, um acordo ilícito realizado, ou, ao menos, tentado, que prejudica o exercício escorreito de uma função que fora legitimamente estabelecida ao corrupto, causando prejuízos ao agente principal que outorgara a função.

Dai porque assinala Luiz Régis Prado que o vocábulo se encontra relacionado "à ideia de degradação, deterioração, menosprezo", uma vez que o sujeito "degrada a autoridade de que foi investido, em proveito próprio"[178], com o objetivo de satisfazer interesses estranhos à função.

A corrupção, infelizmente, não é uma característica dos tempos modernos, apresentando-se como um fenômeno de todos os tempos, punido nas mais antigas legislações, como na Grécia Antiga, no Império Romano, na Idade Média (corrupção entre juízes), consoante destacado por Nelson Hungria[179].

No Brasil, embora os escândalos de abuso e venalidade da função pública estejam na ordem do dia das manchetes dos mais variados jornais, é de se verificar que a corrupção é um fenômeno bem antigo, remontando ao descobrimento. É conhecida a carta de Pero Vaz Caminha, escrita em 1500, na qual ele, após apresentar as características da terra e dos nativos ao Rei de Portugal, conclui a missiva pedindo uma vantagem indevida em detrimento do

---

[176] GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção privada*: análise no direito comparado e necessidade de previsão no ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19.

[177] Ibid., p. 20.

[178] PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial : arts. 312 a 359-H : crimes contra a administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. v. 7, p. 125.

[179] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código penal*: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 363-364.

cargo exercido[180].

Helena Lobo, em estudo específico sobre a temática, trata da corrupção desde a época da Colônia. Sem restringir a corrupção ao tipo penal atualmente previsto, Helena, com base nas pesquisas, esclarece que a estrutura administrativa da Brasil colônia era permeada de arranjos institucionais complexos e confusos, fator este que, aliado à precariedade na fiscalização pela Metrópole, permitia a "corrupção generalizada entre os detentores máximos do poder na colônia"[181]. Em complemento, afirma a autora que os cargos públicos eram compostos, em sua maioria, por Portugueses natos cujo propósito era passar o menor tempo possível na colônia e extrair o máximo de riqueza possível[182]. Entre outras questões, afirma a autora que a falta de escolaridade da população, tendo em vista o fato de que havia poucas escolas, concentradas apenas nas cidades grandes, permitia que as pessoas não tivessem mentalidade crítica e exigissem a melhoria do quadro social, fator que também permitiu a corrupção e dificultou a fiscalização[183]. Nada obstante, apesar da difusão da prática e confusão entre o público e o privado verificada na época, havia penas altíssimas de corrupção, que podiam chegar até a morte[184].

Na acepção clássica, a corrupção esteve associada e restrita ao setor público, tratada como um acordo necessariamente bilateral que envolvia a venalidade da função pública, ou seja, da sobreposição dos interesses privados sobre os interesses públicos. Em outros termos, só seria considerado corrupção, para a doutrina clássica e as legislações mais antigas, a ocorrência de um efetivo acordo entre o *intraneus* e o *extraneus*, que culminasse na compra e venda da função pública exercida pelo primeiro.

Atualmente, é possível verificar uma mudança nos rumos de política criminal em relação ao fenômeno, com a expansão das previsões de

---

[180] "E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d'Ela receberei em muita mercê". Cf. CAMINHA, Pero Vaz de. Carta de Pero Vaz de Caminha. In: SCHILLING, Voltaire. *História por Voltaire Schilling*: Brasil. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/500br/carta_caminha.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[181] COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013a, p. 7.

[182] Ibid., p. 9.

[183] Ibid., p. 15.

[184] Ibid., p. 17.

responsabilidade criminal da corrupção. A mudança se dá nas duas características gerais expostas: a bilateralidade e a restrição à atividade pública.

No que tange à bilateralidade, a tendência atual é o afastamento desta, cindindo-se a conduta entre corrupção ativa (*extraneus* particular) e (passiva *intraneus*, funcionário público), como faz a atual Parte Especial do Código Penal Brasileiro, respectivamente nos artigos 333 e 317[185].

Quanto a restrição da corrupção ao setor público, é possível observar que, desde o começo do século XX, Inglaterra (1906), Alemanha (1909) e França (1919) promoveram mudanças em suas legislações, para incriminar o abuso de poder também no setor privado[186]. Já na segunda metade do século, Holanda (1967), Suécia (1978) e Áustria (1984) também ampliaram a criminalização, tipificando a venalidade em detrimento do exercício legítimo da função privada, por razões que extrapolam a análise desta tese e, por isto, não serão apontadas[187].

Outro ponto importante na evolução da matéria referente aos crimes de corrupção diz respeito à criminalização de condutas tendentes a subornar funcionários públicos estrangeiros.

Nesta tese, o foco será a corrupção no setor público, seja de funcionários nacionais ou do exterior, uma vez que o Ordenamento Pátrio, justamente por não tipificar a corrupção no setor privado, não disciplina os Programas de *Compliance* voltados a reprimir estas ultimas práticas. Há a preocupação com os atos lesivos à administração pública e, via de consequência, à corrupção no setor público.

A prática de corrupção causa efeitos deletérios no setor público, porque culmina na privatização da função e do interesse público. Além disso, do ponto de vista econômico, a corrupção pode gerar desvios na concorrência, alterando a dinâmica do livre mercado[188], tendo em vista que os sujeitos econômicos com capacidade para alocar recursos financeiros para a negociação funcionários

---

[185] HUNGRIA, 1958, p. 365-366; GONTIJO, 2015, p. 21.

[186] GONTIJO, op. cit., p. 31.

[187] Segundo Conrado de Almeida Gontijo, são exemplos de corrupção privada: tipos penais que preveem ilícitos os acordos firmados para manipular o resultado de competições esportivas, maquiar as conclusões de auditorias nos dados contábeis de pessoas jurídicas, obter empréstimos bancários em condições especiais e favorecer indústrias farmacêuticas em processos de aquisição de mercadorias. Cf. Ibid., p. 32. Para uma análise mais profunda, recomenda-se a leitura do trabalho do autor.

[188] PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 25.

públicos terão benefícios em relação a outros sujeitos que não queiram ou não possam oferecer, prometer ou dar vantagem a um funcionário.

Antônio Argandoña, tratando sobre os efeitos perniciosos da corrupção, aduz que esta afeta as transações comerciais e financeiras, causando atrasos econômicos, notadamente nos países emergentes. Além disto, trata-se de fenômeno que "reduz a eficiência do uso dos recursos", "deslegitima o império da lei e da democracia", "distorce o correto funcionamento do mercado"[189], deturpa as instituições e atenta contra os direitos fundamentais.

Segundo Marcelo Coimbra e Vanessa Manzi, o custo da corrupção alcança aproximadamente 5% do PIB mundial (U$2,6 Trilhões), o que acrescenta até 10% ao custo total de fazer negócios no mundo, percentual que pode chegar até 25% nos contratos dos países em desenvolvimento[190].

Os efeitos deletérios e nocivos da corrupção, da mesma forma que nos crimes econômicos em geral, são ampliados no contexto de globalização e diminuição das fronteiras nacionais, da mesma forma que ocorrera com a Lavagem de Capitais. Com efeito, a globalização trouxe benefícios consideráveis à população, com a diminuição de fronteiras, facilidade de locomoção, comunicação e transferência de recursos, porém estes efeitos também foram percebidos pelo crime organizado, que passou a utilizá-los em seu favor.

Assim, em que pese a corrupção no setor público ser tratada como um crime que lesa a administração pública, cujo objeto jurídico é a proteção do regular funcionamento desta administração, é verdade que os efeitos desta repercutem na seara econômica, afetando a livre concorrência e a política estatal em sentido estrito, de modo que o tema passou a ganhar a preocupação do Direito Penal Econômico, sendo corrente a preocupação com a corrupção

---

[189] "La corrupción es un grave problema económico, social, político y moral, especialmente en muchos países emergentes, que afecta de manera especial a las empresas, sobre todo en las transaciones internacionales, tanto comerciales como financieras o tecnológicas. Sus efectos económicos son bien conocidos: reduce la eficiencia en el uso de los recursos; desalienta la inversión productiva, sobre todo la extranjera; afecta negativamente al crecimiento económico y al nível de vida; redistribuye injustamente la riqueza y la renta [...]; desestabiliza las finanzas del país, provoca la evasión de capitales [...]. Los efectos sociales y políticos de la corrupción no son menos perniciosos: deslegitima el império de la ley y de la democracia; atenta contra el buen gobierno de los países, de sus administraciones públicas y de las empresas; distorsiona el correcto funcionamiento de los mercados; atenta contra derechos humanos fundamentales y sovaca las instituciones." Cf. ARGANDOÑA RÁMIZ, Antonio. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *Documento de investigación IESE Business School*, Navarra, n. 656, out. 2006, p. 2.

[190] COIMBRA; BINDER, 2010, p. 60.

empresarial

Consoante assinala Renato de Mello Jorge Silveira, a constatação dos efeitos deletérios da corrupção na economia permitiu a ampliação da preocupação sobre o fenômeno, que passou a ser entendido como um problema de Direito Penal Econômico em vários Estados nacionais[191]. Nada obstante, pondera o autor que essa expansão deve ser feita com cautelas, evitando-se a perda de referenciais mínimos de justiça, porque o Direito Penal econômico não deixa de ser uma faceta do Direito Penal[192].

As ofensas causadas pelo fenômeno da corrupção estimularam a inclusão da prevenção a esta conduta no cenário de preocupação global, de modo que os esforços para a mitigação dos seus maléficos efeitos são objeto de alguns documentos internacionais que versam sobre a matéria. Neste sentido, são dignos de nota os acordos dos quais o Brasil é signatário, quais sejam: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) em 17 de dezembro de 1997, ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2000 e incorporada ao Ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000[193]; A Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002[194]; A Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção, assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México) e por isso, é também conhecida como a Convenção de Mérida.

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos

---

[191] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 418.

[192] Ibid., p. 424.

[193] BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. dez. 2000b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

[194] Id. Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". *Diário oficial da União*, Brasília, 8 out. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada no âmbito da OCDE, como o nome estabelece, traz a previsão de que os países signatários adequem suas legislações para tornar crime a corrupção ativa de funcionário público estrangeiro (artigo 1º), em visível aceitação dos esforços empreendidos pela diplomacia dos Estados Unidos, conforme se discorrerá no subtópico a seguir. Além disto, prevê, no artigo 2º, que os países adotem a responsabilidade civil, penal ou administrativa de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários estrangeiros. Os artigos 3º e 8º trazem duas outras previsões importantes: a cominação de sanções proporcionais aos ilícitos de corrupção e a exigência de que os Estados determinem que as empresas sediadas nos seus territórios adotem uma escrituração contábil adequada, com o fim de evitar que atos de corrupção sejam mascarados na contabilidade como “custos do negócio”.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da OEA, tem o foco na parte preventiva da corrupção no setor público (cuja definição se encontra no artigo VI do texto), recomendando que os estados signatários da convenção adotem medidas de prevenção às normas de conduta que tipificam a corrupção. Dentre as medidas de prevenção, dispostas no artigo III, tem-se: a criação de Órgãos de Controle Superior cuja função é desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar práticas corruptas (no Brasil, trata-se da Controladoria Geral da União, dos Estados e dos Municípios); a criação de medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos, como aquelas que versam sobre a exatidão dos registros contábeis mantidos; e mecanismos de prevenção que incluam a colaboração da sociedade civil e das empresas.

A Convenção da ONU, por seu turno, firmada no dia 09 de dezembro de 2003 no México serviu de marco para o combate recente à corrupção, sendo o dia 09 de dezembro tido como o “Dia Internacional do Combate à corrupção” em homenagem a este diploma. No texto, observa-se como tópicos principais a ampliação de medidas de prevenção, tais como a criação de códigos de conduta para os funcionários públicos, bem como o reforço da participação popular no combate à corrupção, o reforço da importância da cooperação internacional no combate à corrupção e na recuperação de ativos produto do crime. A convenção de Mérida, como ficou conhecida, traz também a ampliação do conceito de corrupção, expandindo-o para abarcar, também, o setor privado.

Feitas estas considerações sobre os tratados e convenções, cumpre, agora, fazer uma análise de Direito Comparado para cuidar de dois importantes diplomas de prevenção à corrupção e *compliance*, quais sejam: *Foreing Corrupt Practices Act* e o *U.K. Bribery Act*.

3.3.2 A prevenção à corrupção na legislação dos Estados Unidos: *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA)

O FCPA, na sua primeira versão, foi promulgado nos Estados Unidos em 1977, após o escândalo relacionado às propinas pagas pela *Lockheed Aircraft Corporation*, sociedade empresária que produzia aeronaves, mísseis em embarcações. No início dos anos 70, a referida sociedade passou por dificuldades financeiras, necessitando de auxílio financeiro do Estado. O aporte de capital público nesta empresa desencadeou uma investigação interna que, ao final, constatou que, no período de 1950 a 1970, haviam sido pagos US$ 22 milhões em propinas a funcionários públicos de outros países para a realização ou manutenção de contratos[195].

Estes fatos geraram incômodo na sociedade nos Estados Unidos, tendo em vista que o país, por meio dos seus respectivos contribuintes, estava arcando com os prejuízos, quando a sociedade empresária teria, no passado, utilizado seu patrimônio de forma indevida, para oferecer e entregar vantagem a funcionários públicos estrangeiros. À época da publicização destes fatos, os administradores e a empresa não foram punidos, porque se alegou que não havia em nenhum país no mundo, a proibição de oferecer, prometer ou entregar vantagem ilícita a funcionário público estrangeiro[196].

Após este episódio, com o fito de suprir a lacuna legislativa que existia até então, foi promulgado o *Foreing Corrupt Practice Act*, mais conhecido como FCPA, que, ao introduzir modificações no Código Criminal Federal dos Estados Unidos, inaugura a sanção, civil e penal, de pessoas físicas e jurídicas que realizarem o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros, nos termos que serão doravante apresentados.

O FCPA, como diploma inovador na punição da corrupção de funcionários

[195] PAGOTTO, 2013, p. 24.
[196] Ibid., loc. cit.

públicos estrangeiros, originou um ônus para as empresas dos Estados Unidos e demais destinatários deste. Esta proibição não era verificada em nenhuma outra parte do globo, indo de encontro às políticas em geral adotadas por outros países, tais como França e Inglaterra, nos quais havia a autorização de deduções fiscais para a propina paga a funcionários de outros países com o intuito de viabilizar os negócios[197].Esta divergência entre a política dos Estados Unidos e a dos demais países ocasionou desvantagem competitiva às empresas sujeitas à referida lei, fator este que contribuiu para que a Diplomacia daquele país envidasse esforços na luta pela criminalização global da conduta. Inicialmente, o clima político da época, qual seja, a Guerra Fria, fez com que a campanha não fosse bem sucedida.

Após o fim da Guerra Fria, a diplomacia dos Estados Unidos reinicia a atividade de convencimento dos outros países, que redunda na promulgação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1977, já abordada.

O FCPA, ao introduzir mudanças na Lei Criminal Federal dos Estados Unidos, admite a aplicação de sanções civis e criminais às pessoas físicas e jurídicas pelos atos que representem corrupção a funcionários públicos estrangeiros. Nos Estados Unidos, a criminalização das pessoas jurídicas por crimes federais é aceita desde 23 de fevereiro de 1909, com o julgamento, pela Suprema Corte, do precedente *New York Central & Hudson River Railroad versus United States*[198]. No caso que gerou o precedente em comento, as sociedades empresárias Hudson River Railroad, ferroviária, American Sugar Refining Company, comércio de açúcar, por meio de seus respectivos empregados, celebraram acordo ilícito de desconto no transporte de açúcar no montante de 5 centavos para cada 100 libras. A mencionada avença contrariou o ato Elkins, que regulava o comércio interestadual no país. Segundo restou decidido, as ações e omissões realizadas por qualquer membro da sociedade empresária ou terceiro

---

[197] COMITÊ ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE. Apêndice: comentários ao Projeto de Lei n. 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 320.

[198] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States. Relator: Justice Day. Washington, D.C., 23 fev. 1909. *United States reports*, Washington, D.C., v. 212, p. 481-499, [1909]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/212/481>. Acesso em: 1. jul. 2015.

que tenha poder em agir em seu nome[199]. Como a Lei altera a disposição dos crimes federais, admite-se o processamento das pessoas jurídicas no caso de crimes de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

O FCPA apresenta-se como a lei que possui maior impacto extraterritorial, tendo em vista a extensão dos destinatários e possibilidade de aplicação. Segundo se extrai da lei, estão sujeitos às disposições do FCPA os seguintes grupos de pessoas: *issuers*, que são as pessoas jurídicas que, nos termos do §78 dd-1, são registradas junto a SEC para operar na bolsa de valores dos Estados Unidos ou que sejam obrigadas a apresentar relatórios periódicos ao órgão, bem como os dirigentes, diretores, funcionários, agentes da pessoa jurídica ou, ainda, acionistas que ajam em nome destas; *domestic concerns*, os quais, nos termos do §78 dd-2 são as pessoas jurídicas nacionais com negócios no exterior, bem como as pessoas físicas respectivas, nos termos já referidos; e, por fim, os denominados *other persons*, que são aquelas pessoas jurídicas e respectivas pessoas físicas listadas que realizarem os atos proibidos, enquanto estiverem no território dos Estados Unidos[200]. Verifica-se, portanto, a amplitude do dispositivo, porque além de se destinar as pessoas jurídicas que possuem ações na bolsa e pessoas jurídicas domésticas, bem como às respectivas pessoas físicas, destina-se a outros sujeitos que realizem os atos no território dos Estados Unidos.

Segundo a lei, a proibição consiste em utilizar "os correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual, de forma corrupta" por meio do oferecimento, pagamento ou promessa ou autorização de pagamento de dinheiro, oferta, doação ou qualquer item de valor a qualquer funcionário público estrangeiro. Em primeiro lugar, é de se assinalar que, conforme assinala Bruce Zagaris, a lei não definiu o que seria qualquer item de valor, de modo que é possível considerar proibido qualquer vantagem oferecida, seja direta ou indireta[201].

Quanto aos funcionários públicos estrangeiros, trata-se de expressão que

---

[199] Para mais detalhes, cf. UNITED STATES OF AMERICA, 1909.

[200] Id. 95th Congress. *Public law 95-213*. The Foreign Corrupt Practices Act. Washington, D.C., 19 dez. 1977. Versão em português. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 1. jul. 2015.

[201] ZAGARIS, Bruce. Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 61.

define um gênero de pessoas, nos termos explicitados pelo item (f) da lei, que se configura uma norma penal explicativa. O gênero engloba as seguintes espécies: dirigente estrangeiro, que significa qualquer dirigente ou funcionário oficial de governo estrangeiro, ou ainda, de ministério, departamento, órgão ou organismo governamental do mesmo, abrangendo, ainda, organizações púbicas internacionais ou pessoas agindo em qualidade oficial para um governo, ministério, departamento, órgão ou organismo governamental ou em nome destes, ou, ainda, para uma organização pública internacional ou em nome desta; partido político estrangeiro ou dirigente deste, ou qualquer candidato político estrangeiro; e, por fim, qualquer pessoa que o agente saiba que vá oferecer, direta ou indiretamente, aos sujeitos listados anteriormente. Observa-se, portanto, que, para evitar lacunas na punição, a lei traz um conceito bem abrangente, incluindo sujeitos que não são funcionários, mas tem poder de realizar atos de corrupção.

Um ponto fundamental para a compreensão da proibição nos Estados Unidos refere-se ao elemento subjetivo especial previsto, qual seja, a finalidade de corromper, que restringe a responsabilidade dos agentes e acrescenta um ônus probatório e argumentativo para a acusação. O texto de lei é claro em limitar a finalidade do oferecimento, pagamento ou promessa de qualquer vantagem, restringindo a punição aos casos em que as condutas se dirijam a influenciar os sujeitos listados no parágrafo anterior a atuarem, omitirem ou violarem seus respectivos deveres funcionais. Nos termos da lei, a proibição só se configura quando houver a finalidade de:

> (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou (iii) garantir qualquer vantagem indevida; ou
> (B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo e, assim, ajudar tal emissor a obter e manter negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa;
> [...]
> (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal partido, dirigente ou candidato em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal partido, dirigente ou candidato a realizar ou deixar de realizar um ato, em violação da obrigação legal de tal partido, dirigente ou candidato, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou
> (B) induzir tal partido, dirigente ou candidato a usar sua influência perante um governo ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou

> manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios para essa pessoa; ou
> [...]
> (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior, em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido, ou candidato de partido no exterior a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação da obrigação legal de tal dirigente, partido político, dirigente de partido ou candidato de partido político no exterior, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou
> (B) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior a usar sua influência junto a governos ou organismos governamentais no exterior para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa.[202]

Observa-se, portanto, que não é suficiente o pagamento, oferecimento ou promessa da vantagem indevida e sim a prova de que esta se destinava a corromper o funcionário ou destinatário, ou seja, para influenciá-lo a praticar ou deixar de praticar atos em dissonância aos seus respectivos deveres.

Com base nisto, a própria lei traz exceções à prática do crime. Nos termos do item b, não haverá proibição quando a vantagem for destinada à facilitação ou agilização de uma ação governamental de rotina do dirigente público, partido político ou dirigente de partido. A lei define, no item (f), o que seriam “ações governamentais de rotina” como aquelas ações rotineiras, normais, realizadas por um dirigente estrangeiro ao:

> (i) obter autorizações, licenças ou outros documentos oficiais para qualificar uma pessoa a conduzir negócios em um país estrangeiro;
> (ii) processar documentação governamental, tais como vistos e ordens de trabalho;
> (iii) fornecer proteção policial, coleta e entrega de correspondência ou agendamento de inspeções relacionadas ao cumprimento de contratos ou inspeções relacionadas ao trânsito de bens pelo país;
> (iv) fornecer serviço telefônico, elétrico, de água, carregamento e descarregamento de carga, ou proteger produtos perecíveis ou produtos básicos contra a deterioração; ou
> (v) empreender ações de natureza semelhante.[203]

Estão permitidos, portanto, pagamentos para facilitar ou acelerar as ações de competência dos funcionários públicos, que não violam as suas incumbências. Ocorre que, consoante assinala Bruce Zagaris, essas condutas são, por vezes, criminosas nos países em que se realizam, havendo um risco para a sociedade empresária no país estrangeiro. Além disto, os pagamentos de facilitação devem

[202] UNITED STATES OF AMERICA, 1977.
[203] Ibid.

estar escriturados na contabilidade, sob pena de violar as exigências de registro contábil da lei[204].

Além das hipóteses de exceção, a lei prevê as defesas afirmativas, que são aquelas em que há a exclusão da responsabilidade para pagamentos de boa-fé, relativos aos custos de promover, demonstrar ou explicar os produtos e serviços oferecidos à negociação com o governo estrangeiro[205] – como custos de hospedagem, passagem, etc. – e para pagamentos lícitos no país em que sã realizados. São as hipóteses previstas no §78dd-1 c. Nestes casos, não haverá responsabilidade.

Outro ponto importante na Lei diz respeito à opinião do Procurador Geral, que se refere a um procedimento que pode ser utilizado pelos sujeitos obrigados em casos de dúvida sobre a realização de determinados pagamentos ao funcionário estrangeiro. Trata-se de uma consulta prévia que, nos termos da lei, deverá ser respondida em tempo hábil.

Outro ponto digno de nota da lei diz respeito às exigências de escrituração contábil. Com efeito, era muito comum que os atos de corrupção fossem mascarados na contabilidade da empresa, dificultando o rastreamento e descobrimento. Desta forma, a lei introduziu o §78m, no qual há a previsão de que os livros contábeis serão apresentados com razoável nível de detalhamento que reflita a veracidade das transações realizadas (§78m(b)(2)). Além disto, deverá haver um sistema interno de controles contábeis que permita maior controle das transações por parte da alta administração da empresa.

É de se destacar, ainda sobre o FCPA, que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem, nos termos que serão apresentados no capítulo 4, a faculdade de iniciar ou não um procedimento penal contra as pessoas jurídicas a partir da análise da eficácia dos programas de *compliance* da empresa, por meio dos acordos (DPA ou NPA).

3.3.3 *U.K. Bribery Act*

O *U.K. Bribery Act* fora promulgado no Reino Unido em virtude do compromisso assumido com a OCDE no combate e prevenção à corrupção. A

[204] ZAGARIS, 2013, p. 62.
[205] Ibid., loc. cit.

conduta já era criminosa no Reino Unido, mas a legislação em comento, que entrou em vigor em julho de 2011, especificou o tratamento da matéria, tornando a incriminação ainda mais severa do que aquela estabelecida pela FCPA.

No *U.K. Bribery Act*, além da punição à corrupção de funcionários públicos, nacionais[206] ou estrangeiros[207], existe a punição à corrupção no setor privado, bem como a punição pela omissão em prevenir atos de corrupção[208], esta ultima para a pessoa jurídica. Apesar de punir mais severamente os casos de corrupção, a referida legislação somente entrou em vigor após a promulgação do *Guia para Pessoas Jurídicas em matéria de autorregulação regulada para a corrupção*[209]. Trata-se de iniciativa louvável, já que, antes da vigência do aparato repressor, o Reino Unido permitiu que as pessoas jurídicas sujeitas a estas regras pudessem se preparar para cumprir as diretrizes.

O *U.K. Bribery Act* aplica-se[210] a sociedades sediadas no Reino Unido que façam negócios locais ou no exterior, bem como a sociedades estrangeiras que tenham operação no Reino Unido. Há a previsão de sanções cíveis e administrativas, tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas.

O *U.K. Bribery Act* ainda não possui a extensão e efetividade de aplicação do FCPA, notadamente por força da sua recente vigência, que se iniciou apenas em 2011. Nada obstante, a lei já está sendo aplicada e surtindo efeito. O órgão responsável pela aplicação da Lei, *Serious Fraud Office*, publicou recentemente notícia em que informa a punição da sociedade Sweett Group PLC ao pagamento de multa de 2.25 milhões de Libras Esterlinas pelo suborno de funcionários públicos estrangeiros nos Emirados Árabes Unidos[211].

---

[206] Seção 1, 2 e 3. Cf. UNITED KINGDOM. Parliament. *Bribery Act 2010*. 2010 Chapter 23. An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. London, 8 abr. 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

[207] Seção 6. Cf. Ibid.

[208] Seção 7. Cf. Ibid.

[209] Id. Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010*: Guidance : about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. London, 2012. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

[210] Seção 12. Cf. Id., 2010.

[211] SWEETT Group PLC sentenced and ordered to pay £2.25 million after Bribery Act conviction. *Serious Fraud Office*, London, 19 Feb. 2016. News Releases. Disponível em: <https://www.sfo.gov.uk/2016/02/19/sweett-group-plc-sentenced-and-ordered-to-pay-2-3-million-after-bribery-act-conviction/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

3.3.4 O sistema brasileiro anticorrupção

O Código Penal brasileiro, cuja parte especial data de 1940, já criminaliza a corrupção no setor público, em respeito ao correto funcionamento da Administração e à vedação de privilégios e privatização da função pública, nos artigos 317, corrupção passiva e 330, corrupção ativa.

Nada obstante, a redação original do código não previu a modalidade de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, sobretudo porque, à época da sua promulgação, este tipo de crime não ocupava o centro das atenções, tendo em vista a dificuldade para a transferência de recursos para outros países. Em 2000, o Brasil ratificou o acordo anticorrupção da OCDE, comprometendo-se a criminalizar a corrupção de funcionários estrangeiros, o que o fez por meio da Lei 10.467/2002, com a introdução dos artigos 337-B, 337-C e 337-D.

No que tange à corrupção no setor privado, não há tipo penal que criminalize a conduta de maneira específica. A conduta pode ser enquadrada no crime de estelionato. O anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro tipifica a conduta, no artigo 173[212].

Importante referir, outrossim, que a responsabilidade criminal no Brasil por atos de corrupção só se refere às pessoas físicas, uma vez que o Ordenamento Pátrio apenas prevê a responsabilidade penal para as pessoas jurídicas, nos crimes ambientais.

A legislação brasileira sobre corrupção foi avaliada três vezes pela OCDE após a ratificação da Convenção em 2000[213]. Na fase 02 da avaliação, realizada

---

[212] "Corrupção entre particulares.
Art. 173. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:
Pena – prisão, de um a quatro anos.
§1º Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.
§2º As penas serão aumentadas de um sexto até a metade se, em razão da conduta do agente, a empresa ou instituição privada sofrer prejuízo patrimonial.". Cf. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. *Parecer Aprovado sobre o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília, 17 dez. 2013a. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[213] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Brazil*: OECD anti-bribery convention. [S.l.], 2015. Página informativa. Disponível em:

em 2007, houve críticas ao Brasil em relação a ausência de sanções à pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção. Segundo estabelecido na avaliação, recomendou-se que o Brasil tomasse "medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta das pessoas jurídicas pelo delito de suborno de um funcionário público estrangeiro", com o estabelecimento de "sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas"[214].

Em atenção a esta recomendação, foi promulgada, em 2013, a Lei anticorrupção, que será tratada adiante.

3.3.4.1 Comentários críticos sobre a Lei n. 12.846/2013

A lei 12.846/2013 foi promulgada como forma de reagir às críticas internacionais à legislação brasileira. Na Lei anticorrupção, como ficou conhecido o referido diploma, há, pela primeira vez, a previsão específica de responsabilidade *administrativa* das pessoas jurídicas pelos atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira praticados no interesse e benefício daquela, nos termos preconizados no artigo 1º. A lei prevê a responsabilidade administrativa, atendendo às recomendações da OCDE no sentido de que nos países em que o Ordenamento não contempla ou não permite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deve ser prevista a responsabilidade administrativa desta, com sanções que sejam, ao menos, pecuniárias. Como, no Brasil, a Constituição apenas disciplinou de maneira expressa a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os casos de crimes ambientais (artigo 225, §3º), optou-se pela utilização do Direito Administrativo sancionador neste caso.

Segundo os termos da Lei, a responsabilidade é objetiva e vai ocorrer nas hipóteses de prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira que beneficiem ou interessem, de forma exclusiva ou não, a pessoa jurídica sancionada. O conceito de atos lesivos à administração pública é previsto no artigo 5º, e, pela redação, observa-se que é bem abrangente, transcendendo

---

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[214] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Brasil*: fase 2: relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a Recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais. [S.l.], 2008. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015, p. 74.

os meros casos de corrupção. Nos termos do artigo 5º, são atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira todos os que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Nos incisos do artigo 5º há a previsão de um rol dos atos considerados lesivos que, segundo se entende, trata-se de rol taxativo, uma vez que a lei traz restrições e é sancionatória, devendo os seus dispositivos ser interpretados restritivamente. Segundo o rol taxativo, são atos lesivos: promessa, oferecimento ou entrega, direta ou indireta, da vantagem indevida a agente público ou a terceiro em conluio com este, conduta que corresponde, com a ressalva do verbo dar, ao crime de corrupção ativa (art. 330, CP); financiamento, custeio, patrocínio ou qualquer subvenção comprovadamente conferida à prática de atos lesivos previstos na lei, figura típica não prevista expressamente no Brasil, mas que poderia, caso houvesse dolo, configurar a participação no crime de corrupção ativa (art. 330, CP); utilização de interposta pessoa física para a simulação dos interesses ou identidade dos beneficiários dos atos praticados; combinação, ajuste ou qualquer outro expediente para frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório próprio, tipo penal previsto no artigo 90 da Lei n. 8.666/93; impedimento, perturbação ou fraude à realização de procedimentos licitatórios, artigo 93 da Lei n. 8.666/93; afastamento, tentado ou consumado, de licitante por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, conduta que se assemelha, parcialmente, ao artigo 95 da Lei 8.666/93; fraudar a licitação pública ou o contrato decorrente, conduta correspondente ao artigo 96 da Lei 8.666/93; criação fraudulenta ou irregular de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, que pode ser considerado um modo de cometer o crime previsto no artigo 96 da Lei 8.666/93; obtenção de vantagem ou benefício indevido, por meio de fraude em modificações ou prorrogações de contratos celebrados que não encontrem amparo na lei, no ato convocatório ou nos respectivos instrumentos contratuais; manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e, por fim, dificultar a investigação ou fiscalização dos órgãos públicos ou intervir na sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Verifica-se que, em que pese o rol seja taxativo, a lei foi muito extensa na

previsão de responsabilidade, contemplando outras condutas além das figuras clássicas de corrupção do Código Penal.

Conforme previsto no artigo 3º, a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas não exclui a responsabilidade das pessoas físicas dirigentes ou administradoras daquela, que atuarem como autoras ou partícipes dos atos previstos no artigo 5º.

No artigo 4º, há a previsão de que a responsabilidade da pessoa jurídica subsiste mesmo nos casos de fusão, incorporação, cisão, transformação ou alteração contratual, ressalvando-se, no parágrafo primeiro, que, nos casos de fusão e incorporação, a sanção pecuniária ficará limitada ao patrimônio transferido, numa clara alusão ao princípio da pessoalidade da pena. Além disto, mesmo nos casos de fusão e incorporação, não haverá a aplicação das demais sanções previstas na lei para os fatos ocorridos antes da operação societária, exceto nos casos de evidente fraude. O parágrafo 2º amplia a responsabilidade, estabelecendo que subsistirá responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas, neste ultimo caso com base no respectivo contrato, nas obrigações de multa e reparação integral do dano causado.

As sanções aplicáveis, cumulativamente ou não, às pessoas jurídicas são previstas no artigo 6º da Lei, sendo elas: a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. A multa varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto do ultimo exercício anterior à instauração do Processo Administrativo e, caso não seja possível mensurar o faturamento, aplicar-se-á a multa R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). A publicação da decisão, que pode vir cumulada ou não com a multa, será às expensas da pessoa jurídica em meio de comunicação de grande circulação na área da conduta e atuação da pessoa jurídica e, na falta, em meio de circulação nacional.

Para o estabelecimento das sanções administrativas, deve ser levado em consideração no procedimento administrativo alguns requisitos, nos termos previstos no artigo 7º, quais sejam, a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração – demonstrando que será aplicada aos casos de crimes tentados –, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica, a existência de programas de cumprimento, e,

por fim, o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão público lesado.

Além das sanções administrativas, a Lei prevê a responsabilidade civil das pessoas jurídicas, nos termos do artigo 19, que pode ser cumulada com a administrativa. São sanções judiciais, aplicáveis quando da responsabilização civil da pessoa jurídica, todas aquelas previstas no artigo referido, quais sejam: perdimento de bens, direitos e valores produto direto ou indireto da infração, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de recebimento de incentivos de qualquer natureza de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público pelo prazo de um a cinco anos.

Observa-se, neste sentido, que as sanções cíveis previstas no artigo 19 da lei em comento são consideravelmente gravosas, e equiparadas a sanções e consequências aplicadas na esfera penal, a exemplo do efeito obrigatório da condenação penal, nos termos do artigo 91, I, do Código Penal e, ainda, das sanções criminais aplicáveis às pessoas jurídicas nos termos do artigo 21 e 22 da Lei n. 9.605/98.

O artigo 8º trata do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), que, nos termos da lei, é de competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes executivo, legislativo e judiciário da União, Estado e Municípios, que agirá de ofício ou por provocação. Este artigo é um dos problemas graves que a lei contém, que serão tratados abaixo. No caso dos funcionários públicos estrangeiros, a competência para o Processo Administrativo de Responsabilização será da Controladoria Geral da União.

O Processo Administrativo de Responsabilização, por ser de competência de múltiplos órgãos, é regulamentado por diplomas distintos. No âmbito da União, será conduzido pela Controladoria Geral da União, nos termos do artigo 13 Decreto Federal n. 8.420/2015[215].

No âmbito dos Estados e Municípios, foi possível verificar que alguns

[215] BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 19 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

entes federativos já regulamentaram a Lei anticorrupção, a exemplo dos Estados do Paraná[216], São Paulo[217], Tocantins[218], Minas Gerais[219], Goiás[220], Mato Grosso do Sul[221] e Rio Grande do Sul[222] e os municípios de São Paulo[223], Canoas[224] e

[216] PARANÁ. Decreto n. 10.271, de 21 de fevereiro de 2014. Regulamenta no âmbito da Administração Pública do Estado do Paraná a Lei Federal nº 12.846/2013, que regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, 21 fev. 2014. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=114190&codItemAto=722030>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[217] SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 60.106, de 29 de janeiro de 2014. Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, de dispositivos da Lei federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Diário oficial do Estado*, São Paulo, 29 jan. 2014. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2014/decreto-60106-29.01.2014.html>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[218] TOCANTINS. Decreto n. 4.954, de 13 de dezembro de 2013. Define regras específicas para os órgãos e entidades do Poder Executivo, quanto à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, e adota outras providências. *Diário oficial do Estado*, Palmas, 13 dez. 2013. Disponível em: <http://central3.to.gov.br/arquivo/173182/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[219] MINAS GERAIS. Decreto N. 46.782, de 23 de junho de 2015. Dispõe sobre o Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual. *Diário oficial do Estado*, Belo Horizonte, 24 jun. 2015. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46782&comp=&ano=2015>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[220] GOIÁS. Lei n. 18.672, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública estadual, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, Goiânia, 18 nov. 2014. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2014/lei_18672.htm>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[221] MATO GROSSO. Decreto 522, de 15 de abril de 2016. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a aplicação da Lei Federal n° 12.846, de 1° de agosto de 2013 e demais medidas de responsabilização de pessoas jurídicas, pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública Estadual Direta e Indireta, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, Cuiabá, 15 abr. 2016. Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/7C7B6A9347C50F55032569140065EBBF/1BDF5CF9533C7C2F84257F9900442345>. Acesso em: 25 dez. 2016.

[222] RIO GRANDE DO SUL. *Projeto de Lei n. 45, de 2015*. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da administração pública estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trata da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Proponente: Dep. Tiago Simão. Texto integral. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/45/AnoProposicao/2015/Origem/Px/Default.aspx>. Acesso em: 25 dez. 2016.

[223] SÃO PAULO (Cidade). Decreto n. 55.107, de 13 de maio de 2014. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. *Diário oficial do Estado*, São Paulo, 13 maio 2014. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/CGM/DECRETO%20N%2055107%20de%202014.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

[224] CANOAS. Controladoria-Geral do Município. *Cartilha da Lei Anticorrupção*. Canoas, 17 dez. 2014a. Disponível em: <http://www.canoas.rs.gov.br/downloads/cartilha_anticorrupcao.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2016; Id. Lei n. 5.893, de 15 de dezembro de 2014. Institui preceitos normativos no âmbito do Município de Canoas, dispondo sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública

Santos[225]. No município de Salvador, tramita na Câmara dos Vereadores projeto de Lei para regulamentar a matéria, que deve ser votado no ano de 2017[226].

No artigo 16, a lei estabelece o acordo de leniência, que poderá isentar a pessoa jurídica da sanção administrativa de publicação da decisão e da sanção cível de proibição de recebimento dos incentivos, além de diminuir, em até 2/3, o valor da multa aplicável. Para que seja firmado o acordo de leniência, faz-se mister que a pessoa jurídica colabore com o órgão administrativo responsável por conduzir o Processo Administrativo de Responsabilização. Da colaboração realizada pela pessoa jurídica, deve resultar a identificação dos envolvidos na infração, quando couber e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. É de se assinalar, ainda, que é requisito para a celebração do acordo de leniência a manifestação prévia da pessoa jurídica do interesse em colaborar e, ainda, a cessação do envolvimento na infração investigada.

Após a realização de comentários sobre os pontos básicos da lei, é oportuno tecer algumas críticas. Com efeito, não se nega o avanço que o Brasil realizou com a prevenção dos ilícitos relacionados à corrupção com a promulgação da referida Lei, em atenção aos compromissos internacionais firmados. É importante, outrossim, que, como a lei prevê mitigações nas sanções para os casos de existência de um programa de *compliance*, há o incentivo à criação de programas de *compliance* voltados à prevenção da corrupção, o que não era uma preocupação do empresariado brasileiro. Entende-se que a Lei contribua, no longo prazo, para a modificação da forma de se fazer negócios no Brasil, a partir do momento em que as sanções sejam aplicáveis e passem a ser consideradas como um risco efetivo e sério do negócio.

Nada obstante, é de se destacar que a Lei merece ser aperfeiçoada em

---

Municipal. *Diário oficial do Município*, Canoas, 17 dez. 2014b. Disponível em: <http://leismunicipa.is/jhuci>. Acesso em: 25 dez. 2016.

[225] SANTOS. Decreto n. 7.177, de 24 de julho de 2015. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá outras providências. *Diário oficial do Município*, Santos, 27 jul. 2015. Disponível em: <https://egov.santos.sp.gov.br/legis/document/?view=5481>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[226] PROJETO de Lei Anticorrupção deve ser aprovado e sancionado este ano. *Bahia Notícias*, Salvador, 15 abr. 2016. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/noticia/189034-projeto-de-lei-anticorrupcao-deve-ser-aprovado-e-sancionado-este-ano.html>. Acesso em: 26 dez. 2016.

alguns pontos. Em primeiro lugar, a previsão de responsabilidade objetiva deveria ser revista, tendo em vista que conduz à padronização dos casos sujeitos à lei, ainda que com diferenças sancionatórias. Em outros termos, a problemática da responsabilidade objetiva consiste no fato de que mesmo as pessoas jurídicas que atuem para prevenir os riscos de atos lesivos sejam sancionadas, ainda que com redução de pena. A responsabilização objetiva pode não comprometer o incentivo à instauração dos programas de *compliance* pois alguns administradores e gerentes podem preferir assumir o risco das sanções da lei, a depender da vantagem dos negócios e dos custos de implementação de um programa de *compliance*, uma vez que, por mais que as instituições funcionem adequadamente, há sempre espaço para cifras ocultas na responsabilização. Apenas para exemplificar, o Decreto Federal já citado estabelece, no artigo 18, V, a redução de apenas um a quatro por cento do valor somado da multa para os casos em que a sociedade empresária tenha um programa regular de *compliance*/integridade. Em muitos casos, este valor sequer pode alcançar as cifras que foram desembolsadas para a implementação e manutenção do programa, de modo que, em uma sociedade empresária em que o apetite de riscos seja maior, é possível que se opte pelo risco quando se considera apenas a sanção administrativa. Se houvesse a garantia de que o programa de cumprimento excluiria a responsabilidade, sustenta-se que haveria maior incentivo.

Sobre a responsabilização objetiva, é de se destacar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.261 ajuizada pelo Partido Social Liberal. Segundo se extrai da peça inaugural, a previsão de responsabilidade objetiva contraria o Princípio da Culpabilidade, que deve ser respeitado mesmo no Direito Administrativo Sancionador[227]. Como dispositivo constitucional violado, o autor aponta o artigo 5º LIV, que estabelece o Princípio do Devido Processo Legal, ao assinalar que a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas fere a proporcionalidade e a razoabilidade. Além disto, o autor afirma que a lei viola o Princípio da Pessoalidade da Pena, estabelecido no artigo 5º, XLV. O pedido liminar da ação foi negado pelo Ministro Marco Aurélio, que determinou a

[227] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.261/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Social Liberal. *Petição inicial*. Brasília, 11 mar. 2015d. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/psl-entre-lei-anticorrupcao-stf.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015, p. 4.

intimação da Advocacia Geral da União e do Procurador Geral da República.

Além da questão posta acima, outro aspecto preocupa na previsão da Lei. Trata-se da descentralização dos órgãos competentes para a condução do Processo Administrativo de responsabilização. Conforme assinala Janaina Paschoal, este problema compromete até mesmo a eficácia da prevenção, uma vez que "para ficar suscetível à pressão, o particular precisa saber exatamente o que não pode fazer a quais penas está sujeito e quem são as autoridades, ou órgãos competentes para aferir sua culpa e puni-lo"[228]. Além disto, sinaliza a autora que a pluralidade de órgãos pode ensejar a instauração de mais um processo e comprometer o exercício efetivo do contraditório[229].

Segundo a Lei, compete ao órgão máximo de cada um dos poderes lesados (Legislativo, executivo e judiciário) em todos os entes da federação. Esta previsão já constava desde a redação do projeto e foi alvo de críticas ainda em 2010, pelo Comitê Anticorrupção e *compliance* do Instituto Brasileiro de Direito empresarial. Segundo a crítica, a atribuição de competência à autoridade máxima de cada órgão da administração pública pode gerar situações de conflito de interesses, tendo em vista estas julgarão, na maioria dos casos, situações envolvendo seus respectivos subordinados, ou, ainda, situações em que elas próprias figurem direta ou indiretamente envolvidas[230].

Além disto, a multiplicidade de órgãos competentes gera pluralidade de entendimentos e de regramentos para a condução do Processo Administrativo de Responsabilização, o que pode ser verificado à luz das diversas resoluções já existentes sobre a temática, o que comprometerá a segurança jurídica. A multiplicidade de órgãos compromete até a pesquisa sobre os que já se manifestaram regulamentando a questão, trazendo inúmeros problemas de sistematização da questão.

Some-se ao exposto no parágrafo anterior a falta de conhecimento técnico sobre o tema, já que os órgãos poderão não contar com pessoas capacitadas para a realização deste julgamento.

Desta forma, o ideal seria que a apuração das infrações ocorresse de forma centralizada, por profissionais habilitados. Apenas para relembrar, nos

---

[228] PASCHOAL, Janaina Conceição. Especialista analisou Lei anticorrupção em palestra concorrida. *Sinicesp em revista*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 20-22, maio/jun. 2014a, p. 20-21.
[229] Ibid., p. 21.
[230] COMITÊ ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE, 2013, p. 335.

Estados Unidos, a aplicação do FCPA é feita pela SEC e pelo DOJ. No Brasil, poder-se-ia pensar na atuação conjunta da Controladoria Geral da União e do Ministério Público[231], notadamente porque os fatos aqui citados correspondem a crimes que poderão ser submetidos à apreciação deste último.

Além disto, é de se destacar outro problema da Lei, que também compromete a segurança jurídica. Segundo a previsão do artigo 16, §10, compete ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União a celebração do acordo de leniência. A matéria foi alterada pela Medida Provisória nº 703/2015, que passou a prever a competência conjunta das Advocacias Públicas com o Ministério Público. Tal medida provisória não foi aprovada pelo congresso, tendo a sua vigência encerrada em 29 de maio de 2016 conforme o Ato Declaratório nº 27/2016 do Presidente da Mesa do Congresso Nacional. Ocorre que, mesmo com a rejeição da Medida Provisória, o Ministério Público permanece celebrando acordos de leniência com pessoas jurídicas, nos casos de Corrupção[232], utilizando-se, para isto, de um amálgama de textos jurídicos, a saber: o artigo 129, I, da Constituição Federal, os artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/99, artigo 1º, §5º, da Lei n. 9.613/98, artigos 50 e 60 da Lei n. 7.347/85, artigo 26 da Convenção de Palermo, artigo 37 da Convenção de Mérida, artigos 4º a 8º da Lei n. 12;850/2013, artigos 3º, §§20 e 30 e 485, VI e 487, III, “b” e “c”, do Novo Código de Processo Civil, artigos 840 e 932, III, do Código Civil, artigos 16 a 21 da Lei n. 12.846/2013, artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011 e artigo 2º da Lei n. 12.140/2015.

Uma outra crítica que se faz à Lei refere-se à expressa possibilidade do concurso de sanções previstas no diploma em comento e nas Leis de Improbidade e de Licitações. Em muitos casos, os ilícitos são correspondentes, de modo que haveria dupla punição pelo mesmo fato, proibida, conforme aqui se defende, mesmo nos casos de responsabilidade administrativa.

Por fim, é importante apresentar diferenças entre a Lei Brasileira e a Lei dos Estados Unidos. A primeira diferença a ser apontada refere-se ao que é

---

[231] Esta era, inclusive, a intenção da Medida Provisória 703/2015, que não foi aprovada pelo Congresso Nacional e teve a sua vigência encerrada em maio de 2016. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 27, de 2016. *Diário oficial da União*, Brasília, 31 maio 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[232] Estes acordos serão tratados no momento oportuno, no próximo capítulo.

considerado ilícito. Neste sentido, é importante relembrar que a Lei dos Estados Unidos proíbe apenas os casos de corrupção própria, ou seja, aqueles em que há a intenção de subverter a função pública exercida pelo funcionário, ou seja, em que o oferecimento, promessa ou pagamento deve ser feito para viabilizar a prática de um ato que viole os deveres funcionais, excluindo-se os casos de facilitação ou agilização dos deveres de ofício dos funcionários. No Brasil, ao revés, a punição é mais ampla, englobando, como visto, os casos de corrupção, independente da finalidade de corromper os deveres funcionais (corrupção própria ou imprópria), bem como outros atos equiparados, como ocorre com as licitações.

A segunda diferença diz respeito à natureza da responsabilização. No Brasil, como visto, só foi prevista a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, embora com sanções bem graves. Já nos Estados Unidos, o FCPA pune as pessoas jurídicas nos âmbitos civil e criminal, já que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é compatível com o ordenamento do país. As pessoas físicas também estão suscetíveis à aplicação do diploma legal em questão no território dos Estados Unidos, notadamente após a promulgação do Memorando Yates, que trata, especialmente, da responsabilidade de pessoas físicas como ponto sensível ao combate aos crimes no meio corporativo[233].

Além disto, é importante mencionar três outras diferenças básicas: a lei brasileira não exige a prova da intenção dos responsabilizados, já que se trata de responsabilidade objetiva e administrativa, ao passo que, nos Estados Unidos, é imprescindível a prova da intenção, nos termos já mencionados. É de se destacar, outrossim, que, no Brasil, não foi prevista qualquer exigência quanto aos registros contábeis, diferente da Lei dos Estados Unidos.

Há ainda outro ponto essencial: nos Estados Unidos, os procuradores possuem autonomia para decidir se processam ou não os infratores, por força dos acordos que podem ser realizados, ao passo que, no Brasil, o Acordo de Leniência afasta apenas o Procedimento Administrativo, subsistindo os casos de responsabilidade e processo pelos crimes de corrupção relacionados às pessoas físicas.

---

[233] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. *Memorandum*. Subject: Individual accountability for corporate wrongdoing. Washington, D.C., 9 Sept. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: 20 out. 2016.

Eram estas as considerações devidas sobre a positivação da autorregulação regulada no Brasil, em relação aos crimes de Corrupção e de Lavagem de Capitais, que foram recortados para o estudo verticalizado nesta tese. A análise deste tema é essencial para que a verificação da importação de institutos internacionais pelo Direito Pátrio, que passou a adotar, por força de obrigações assumidas após a ratificação de tratados e acordos, a nova faceta do Direito Penal Econômico, de natureza preventiva. Esta incorporaração interna dos referidos institutos para a prevenção de infrações econômicas também vai originar discussões em matéria de Direito Penal repressivo, nos termos que serão doravante expostos, em momento oportuno.

4 REQUISITOS BÁSICOS DE UM PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EFICAZ

Após a apresentação do *compliance* e das relações da autorregulação com a governança e o Direito Penal, bem como a análise das previsões no Direito pátrio, cumpre apontar como se dá a operacionalização destes programas na prática. Em outros termos, tratar-se-á, neste momento, sobre os aspectos práticos que consubstanciam o modo de implementação e funcionamento de programas efetivos de *compliance*, que demonstrem que a empresa está apta e comprometida com relevantes leis, que incluem "requerimentos legislativos, códigos industriais, padrões internacionais de *compliance* e de Governança Corporativa, boas práticas, ética e expectativas comunitárias"[234]. Este ponto será fundamental para estabelecer os critérios para uma autorregulação regulada efetiva, com chances de prevenir a ocorrência de ilícitos. No momento oportuno, as premissas aqui fixadas serão uteis para o desenvolvimento do objetivo geral, que consiste em saber se a inobservância das regras de *compliance* pode gerar responsabilidade penal por omissão.

A organização da estrutura empresarial em *compliance*, voltada para o efetivo de cumprimento das normas, implica a adoção de procedimentos, regras e processos intraempresariais que representem a autorregulação da empresa nos parâmetros da legalidade[235].

A implementação do programa adequado de *compliance*, por meio desses processos intraempresariais, deve respeitar a estrutura, a extensão, a missão e os valores da empresa, bem como o marco legal a que esta está adstrita, de modo que não há uniformização nos programas de *compliance*. Em outros termos, não há um único roteiro, e os programas devem ser adaptados a cada contexto empresarial, notadamente no que tange à atividade exercida e aos riscos a que esta atividade está sujeita. Aliás, conforme ensina Bruno Maeda, a efetividade do programa de *compliance* guarda relação com a adaptação às peculiaridades da sociedade empresária, da atividade exercida e do contexto em que esta se insere, notadamente o nível de risco, natureza da atividade e

---

[234] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 19600*: compliance management systems : guidelines. Geneva, 2014, p. vi.

[235] COCA VILA, 2013, p. 55.

jurisdição em que atua[236].

Neste sentido, assinalam Marcelo Coimbra e Vaneza Manzi que a elaboração do programa de *compliance* deve levar em consideração a dimensão regional deste – modelo local ou global –, o ambiente regulatório – leis e regulamentos do setor, bem como os "padrões industriais e práticas de mercado reconhecidas"[237] –, a relação do programa com outros objetivos da organização – aqueles referentes às estratégias, a relação custos/benefícios da sociedade – a estrutura organizacional da companhia – organograma e hierarquia – bem como a abrangência do programa[238].

Em que pese não exista uma fórmula pronta para todos os programas de *compliance* em sociedades, é possível, com base em documentos legislativos, recomendações de órgãos supranacionais, análise de casos concretos e, sobretudo, de acordos firmados com o poder público, estabelecer pilares ou requisitos básicos para a estruturação dos referidos programas. Os documentos que serão objeto de análise nas linhas subsequentes permitem traçar o que se poderia chamar de "teoria geral dos elementos essenciais do programa de *compliance"*, ou seja, são documentos que permitem traçar um parâmetro genérico para a elaboração de qualquer programa de *compliance*, independente do risco a ser enfrentado. Alguns diplomas mencionados trazem consequências para inexistência de programas de *compliance* ou defeitos na estruturação destes. Estas consequências podem ser cíveis, administrativas ou criminais, mas não serão objeto de análise neste momento. O objetivo, consoante já afirmado, é apresentar quais os elementos básicos da autorregulação que serão considerados como eficazes na prevenção de riscos. Segundo o estudo conjunto das fontes pesquisadas, os requisitos de um programa eficaz de *compliance* serão apresentados a seguir.

4.1 ANÁLISE DO AMBIENTE INTERNO

Em primeiro lugar, dada a necessidade de particularização e adequação do *compliance* à realidade concreta da sociedade que irá adotá-lo, faz-se

[236] MAEDA, 2013, p. 168.
[237] COIMBRA; BINDER, 2010, p. 21.
[238] Ibid., p. 20-24.

imprescindível que a implementação do programa seja posterior à análise do ambiente interno.

Segundo o relatório *Gerenciamento de riscos corporativos*[239], do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (*COSO*),* traduzido para o Português pela PricewatterhouseCoopers[240], a análise do ambiente interno representa a base da implementação de um programa de gerenciamento de riscos[241], porque informa as características principais da sociedade, seus funcionários e a atividade exercida, notadamente a cultura vigente na organização, a filosofia administrativa desta no que concerne aos riscos ("apetite" de risco), o nível de integridade e os valores éticos que são adotados e difundidos[242].

A International Organization for Standardization (ISO) estabeleceu a *ISO 19600:2014*, diploma que congrega os padrões internacionais sugeridos para o estabelecimento, desenvolvimento, implementação, avaliação, manutenção e aprimoramento de programas efetivos de integridade e *compliance* nas empresas[243]. Neste diploma, de forma semelhante ao que fora estabelecido pelo COSO, também há a menção à análise do "contexto da organização" como elemento prévio à implementação dos programas[244]. Neste particular, assinala que é imprescindível a compreensão das necessidades e expectativas da sociedade empresária e das partes interessadas[245], bem como as regras da organização, e a estruturação da responsabilidade e autoridade no contexto interno[246].

O grau de apetite de risco, que representa, segundo o COSO, "o equilíbrio

---

[239] Embora o *compliance* não se confunda com a gestão de riscos, tendo em vista que este ultimo é mais genérico, a regulamentação do COSO auxilia na implementação do programa de *compliance*, pois ambos devem ser ações integradas na empresa para evitar riscos genéricos e de não conformidade com as leis. Sobre a diferenciação de gerenciamento de riscos e *compliance*, Cf. COIMBRA; BINDER, 2010, p. 42-47.

[240] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Gerenciamento de riscos corporativos*: estrutura integrada. [S.l.]: COSO, 2007. Disponível em: <http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

[241] Não só para o gerenciamento de riscos, mas, também, para o *compliance*, que cuida da evitação de riscos de não conformidade com leis e regulamentos.

[242] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit., p. 30.

[243] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 1.

[244] Ibid., p. 6.

[245] Ibid., p. 6.

[246] Ibid., p. 12.

entre o crescimento, o risco e o retorno a ser obtido"[247], e a tolerância a estes riscos (aceitação variável quanto à realização de um determinado objetivo[248]) a que a empresa está sujeita elucida bem a missão e os valores desta, devendo ser analisado e estudado previamente à adoção do programa de *compliance*, sobretudo porque esta aceitação de riscos na busca de valor para a companhia, geralmente, define as estratégias e os objetivos que são adotados nos negócios. A identificação deste apetite é imprescindível até mesmo para a adoção de novos parâmetros de tolerância aceitáveis, nos casos de sociedades empresárias de aceitação e tolerância a riscos de grau elevado.

Os valores éticos e níveis de integridade também são pontos importantes, pois vão influenciar, igualmente, a missão e o propósito da empresa[249], bem como a estratégia e os objetivos estratégicos que já são adotados, notadamente nos casos de preferências e julgamentos que são implementados em situações limítrofes e com difíceis dilemas éticos a serem resolvidos[250].

Os valores e o apetite de risco das sociedades podem influenciar a probabilidade de fraudes ou práticas eticamente questionáveis, a exemplo de táticas de mercado agressivas, concentração exagerada no lucro a qualquer custo, tolerância ao suborno, fixação de metas inalcançáveis nos limites da ética e da legalidade[251]. Assim, caso a sociedade empresária deseje ter uma conduta ética e lícita a partir de um programa de *compliance*, deve avaliar como e com base em quais valores e objetivos as decisões vem sendo tomadas, e se há necessidade de adoção de nova filosofia empresarial.

Outro ponto importante na análise do componente interno refere-se aos padrões de recursos humanos adotados. As práticas de contratação, treinamento, promoção e compensação de funcionários são reflexo dos valores que fundam a sociedade. Contratações baseadas no mérito e na competência funcional para a execução de determinadas funções tendem a ser um estímulo para o corpo de profissionais, que se vê valorizado a partir do conhecimento técnico específico adquirido, sendo nítido o incentivo à capacitação. Por outro lado, as contratações e promoções baseadas em fatores externos à competência e focados em

[247] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2007, p. 42.
[248] Ibid., p. 43.
[249] Ibid., p. 38.
[250] Ibid., p. 30.
[251] Ibid., p. 31.

resultados de curto prazo tendem a criar um ambiente corporativo fraco, no qual se busca a adoção de procedimentos por vezes não consentâneos com as normas técnicas e éticas em busca de promoções. Segundo o relatório do COSO, estes padrões de recursos humanos enviam, aos funcionários, uma mensagem em relação aos níveis de integridade, comportamento ético e competência esperados, o que, certamente, influenciará na tomada de decisões diária por parte desses empregados[252]. Assim, a leitura e identificação desses padrões de recursos humanos, e a posterior mudança quando da implementação de um programa de cumprimento guardam relação com o sucesso deste.

No que concerne ao ambiente interno, é importante a análise do porte, da estrutura operacional da empresa, bem como da complexidade e hierarquia desta, para que o programa de *compliance* seja construído de acordo com estes pontos. É imprescindível a avaliação de elementos como titularidade de tomada de decisões na empresa, ou seja, como, onde e por qual órgão são tomadas as decisões. Em outros termos, é necessário analisar se a estrutura é centralizada ou descentralizada, de reporte direto ou matricial, ou se são decisões por rede de distribuição, rede industrial ou por localização geográfica[253].

Por fim, deve ser avaliada a quantidade de recursos que a companhia possui para aportar no sistema de prevenção, o que deve envolver o conhecimento do porte e da saúde financeira em que se encontra a empresa. Empresas de pequeno porte ou em dificuldades financeiras terão de otimizar os recursos já disponíveis, tendo em vista que o orçamento destinado ao *compliance* não poderá ser muito alto, sob pena de inviabilizar ou dificultar a condução dos negócios.

No que concerne aos custos do programa, é importante desfazer alguns mitos frequentemente apontados como impedimentos à elaboração de programas de *compliance*. Em geral, os gestores da pessoa jurídica tem a ideia de que um efetivo programa custa caro e só seria possível de ser implementado em grandes sociedades empresárias. Esta afirmação, contudo, não é necessariamente verdadeira.

---

[252] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2007, p. 32.

[253] Ibid., loc. cit.

Consoante assinala Roy Snell[254], qualquer gestor com o mínimo de experiência e conhecimento em Gestão e Administração de empresas pode implementar boas práticas em sua companhia, que conduzirão à atuação em conformidade para evitar riscos de *compliance*.

Joseph E. Murphy continua o pensamento assinalando que as 500 sociedades empresárias mais lucrativas segundo a Fortune possuem programas caros de *compliance*, com muitos consultores, treinamentos online, códigos de conduta elaborados por experts, mas as pequenas firmas podem, igualmente, ter um sistema efetivo de *compliance* sem que haja a necessidade de tanto esforço financeiro[255]. Segundo ele, uma das premissas básicas de estar em conformidade é se assegurar de que "todos que trabalham na companhia sabem o que estão fazendo e acreditam que a companhia é séria sobre agir de forma legal e ética"[256]. Nas pequenas empresas, isto pode ser, inclusive, mais fácil de ser alcançado do que nas grandes companhias.

A depender do tamanho da companhia, sobretudo nas pequenas, o gestor pode conhecer todos os empregados, ao contrário do que ocorre nas grandes sociedades. Murphy assinala que esta é uma vantagem das sociedades pequenas, nas quais será possível passar a mensagem de comprometimento com valores éticos diariamente, por meio de condutas e discursos, sem necessidade gastar aportes financeiros para demonstrar a missão ética da sociedade[257].

Na publicação *A compliance & ethics program on a dollar a day*, Murphy apresenta pontos iniciais que podem trazer boas ideais para a implementação do programa de *compliance* nas sociedades empresárias. É importante deixar claro que as recomendações contidas no livro não substituem o assessoramento legal para o programa de *compliance*, representando, apenas, ideias para a redução de custos na implementação do programa.

Como recomendações de baixo custo contidas na publicação, tem-se a

---

[254] SNELL, Roy. Introduction. In: MURPHY, Joseph E. *A compliance & ethics program on a dollar a day*: how small companies can have effective programs. Minneapolis: SCCE, 2010. Disponível em: <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 1.

[255] MURPHY, Joseph E. *A compliance & ethics program on a dollar a day*: how small companies can have effective programs. Minneapolis: SCCE, 2010. Disponível em: <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 3.

[256] Ibid., p. 4. No original: "is about making sure that all those who work for the company know what to do, and believe that the company is serious about acting legally and ethically".

[257] Ibid., p. 6.

busca por normativas *online*, disponíveis a todos, reuniões com outras companhias do mesmo setor, que podem ser realizadas com o auxílio das associações de classe. Para o mapeamento de riscos, é possível, além dessas dicas, uma busca por escândalos recentes nos noticiários, consulta a outros códigos de conduta das empresas como fonte de inspiração (não de cópia), organização de eventos com o auxílio das organizações de classe das quais a sociedade empresária participe[258]. Explorar as associações de classe, materiais disponíveis online e o contato com outros empresários do mesmo setor são conselhos uteis também para a formulação dos preceitos de conduta contidos no código de conduta[259]. Outra recomendação é utilizar-se dos advogados internos da empresa para a redação dos códigos, o treinamento dos funcionários e eventuais alterações na estrutura societária. O autor traz, ainda, outros procedimentos de baixo custo que podem ser implementados utilizando-se a estrutura interna da sociedade empresária ou com alterações pontuais no que já existe. Deste modo, não há uma relação intrínseca entre *compliance* e altas despesas, embora a implementação do programa necessite, em maior ou menor grau, de recursos financeiros.

Todos esses fatores que dizem respeito às características internas de funcionamento da sociedade empresária devem ser levados em consideração e considerados antes da implementação do programa para que se estabeleça o escopo do programa de *compliance* e os limites e complicações que a empresa enfrentará na implementação deste[260]. Em alguns casos, o padrão da sociedade empresária vai indicar o grau de mudança que será aceito no estabelecimento ou aprimoramento do *compliance*. Por certo, sociedades nas quais o apetite de riscos e a prática de irregularidades são mais frequentes apresentarão um ambiente corporativo mais hostil à estruturação do programa, fator que deve ser levado em consideração para que o cumprimento das normas não represente e nem seja visto pelos funcionários como um conjunto de burocracias novas que atrapalham as atividades cotidianas a que já estavam acostumados a seguir. É possível, inclusive, que a implementação do programa tenha de ser paulatina, para não representar uma forma drástica e incompreensível na cultura

[258] MURPHY, 2010, p. 9-10.
[259] Ibid., p. 11.
[260] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 6.

corporativa, tendente ao fracasso e ao descaso.

4.2 MAPEAMENTO DE RISCOS

Consoante já assinalado à exaustão, o programa de *compliance* serve para gerir os riscos a que as empresas estão sujeitas, o que, no caso penal, implica a tentativa de evitar o cometimento de crimes relacionados à atividade empresarial. Desta forma, outro passo importante para a efetividade e o sucesso na implementação dos referidos programas refere-se à identificação, análise e avaliação dos riscos a que a empresa está sujeita, relacionando-os, obviamente, com a atividade exercida. A correta gestão dos riscos (o "tratamento" dos riscos) só será realizada de forma adequada quando precedida da identificação, análise e avaliação destes riscos potenciais.

Segundo o COSO, o risco pode ser definido como um evento, possível de ocorrer, que tem o condão de afetar negativamente a realização dos objetivos da sociedade empresária[261], causando, portanto, um impacto desfavorável a esta.

O *ISO 19600:2014* estabelece que a identificação das obrigações de *compliance*, por meio da análise das fontes dessas obrigações, serve para identificar os riscos a que a sociedade está sujeita. Nesse sentido, há a recomendação de que a organização deve, sempre, identificar essas obrigações de *compliance* e implicação para as atividades, produtos e serviços fornecidos, dedicando especial atenção às leis e regulamentos a que a empresa está sujeita no local em que realiza suas atividades[262]. A regulamentação avança e recomenda que as sociedades analisem, além das leis, as permissões e licenças, as ordens e regulamentações emitidas por agências reguladoras do seu setor, a análise da jurisprudência, e de convenções e protocolos para que haja o correto e abrangente entendimento sobre as referidas obrigações de *compliance*.

Para os limites desta tese, no caso da implementação do programa de *criminal compliance*, é imprescindível que a sociedade observe as obrigações consubstanciadas nas normas de Direito Penal Econômico vigentes no local em que exercem as suas atividades, bem como as normativas internacionais

[261] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2007, p. 16.
[262] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 7.

ratificadas pelo país em que se encontram estas empresas. Neste sentido, apenas para exemplificar, a sociedade empresária deve verificar o sistema legal relativo aos crimes de Lavagem de Capitais, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Ordem Econômica, Relações de Consumo, Corrupção, Crimes Ambientais e fraudes em sentido amplo. Em outros termos, deve haver a identificação prévia das leis e dos entendimentos relativos à aplicação das leis em relação aos focos de perigo criminosos internos ou externos relacionados à empresa, ou seja, aos crimes que podem ser realizados por presentantes das empresas contra esta ou particulares ou, ainda, a crimes realizados por terceiros que podem afetar a condução dos negócios.

O marco das obrigações de *compliance* vai permitir que a sociedade identifique, analise e avalie o risco da ocorrência de falhas de *compliance*, chamado de *compliance risk* ou risco de *compliance*. Isto será possível ao relacionar as obrigações a que está sujeita com as atividades, produtos e serviços que fornece[263].

O documento referência do COSO também cuida do processo de avaliação de riscos como um passo importante para a gestão destes. Sob este tema, é interessante notar que esta regulamentação estabelece que o risco, enquanto evento incerto, pode ser avaliado a partir de duas perspectivas: probabilidade – possibilidade de ocorrência do evento negativo – e o impacto – consequências da ocorrência deste[264]. As estimativas sobre a probabilidade e o impacto podem ser feitas a partir da análise dos fatos passados observáveis na sociedade, ou por meio de bases de cálculo subjetivas[265]. Existem técnicas para esta avaliação, sumariamente descritas na recomendação, como metodologias qualitativas e quantitativas que fogem ao escopo do presente trabalho e estão facilmente acessíveis ao leitor no documento[266].

Na Itália, a *Linee Guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controlo* é o documento referência para a implementação dos

[263] "The organization should identify its compliance risks by relating its compliance obligations to its activities products, services and relevant aspects of its operations in order to identify situations where non compliance can occur. The organization should identify the causes for any consequences of non compliance." Cf. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 8.

[264] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2007, p. 54.

[265] Ibid., p. 55.

[266] Ibid., p. 57.

programas de *compliance*, elaborado pela Cofindustria em atenção ao Decreto 231 de 08 de Junho de 2001, o qual prevê a responsabilidade da pessoa jurídica nos casos em que o ente não se organiza adequadamente para evitar a prática de fatos criminosos no seu seio. Na recomendação em questão, há a expressa menção ao *risk assessment* ou processo de análise prévia e mapeamento dos riscos a que a empresa está sujeita.

Nesta perspectiva, extrai-se do documento que o sistema de prevenção de riscos, com base no que determina o Decreto 231, deve fundar-se na identificação do risco potencial, definido em termos similares aos dispostos no COSO como qualquer evento relacionado às atividades exercidas pela sociedade que, sozinho ou em conjunto com outras variáveis, pode ocorrer e trazer reflexos negativos, nos termos delineados pelo Decreto[267]. Sobre o mapeamento, análise e identificação de riscos que ora se discute, o documento traz a importante definição de risco aceitável. Na teoria, o risco aceitável é definido a partir de uma lógica econômica de custo-benefício, ou seja, vai ser aceitável o risco quando os controles para evita-lo foram mais custosos do que o bem protegido em si[268]. A recomendação esclarece, no entanto, que, em matéria de *compliance* essa lógica econômica nem sempre deve prevalecer. A ideia exposta na recomendação, com base no Decreto 231, é a de que "o sistema de prevenção da empresa só pode ser contornado de maneira fraudulenta"[269], ou seja, devem ser feitos todos os controles para evitar que os procedimentos cotidianos da sociedade permitam a ocorrência eventos dolosos, e estes só ocorrerão caso o sujeito interessado utilize de expedientes fraudulentos para burlar os procedimentos convencionados pela gestão da empresa[270]. Em outros termos, o risco aceitável, que a sociedade pode suportar sem sanções, segundo a recomendação, nos crimes dolosos, é aquele que ocorre quando o sujeito ativo do delito, por sua própria vontade, quer cometer

---

[267] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2007, p. 28.

[268] Ibid., p. 29.

[269] Ibid., loc. cit.

[270] Em outros termos, quando o sujeito *iludir fradulentamente* a empresa, nos termos do "art. 6, comma 1, lett. c" do Decreto 213, o qual estabelece que "le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione". Cf. ITALIA. Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, n. 140, 19 giugno 2001. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

e utiliza de expedientes fraudulentos para burlar das recomendações procedimentais da empresa[271]. Em alguns casos, isso pode envolver um custo maior do que o benefício a ser resguardado, de modo que a lógica econômica não deve ser o único critério relevante. Um exemplo pertinente deste risco será abordado no final deste tópico, sobre o caso de corrupção na China dos agentes do Banco Morgan Stanley.

Especificamente sobre a corrupção, a Lei dos Estados Unidos, *Foreing Corrupt Practices Act*, bem como o *U.S. Guidelines* sobre a aplicação da Lei, elaborados pelo Departamento de Justiça (DOJ) do país e pelo Securities Exchange Comission (SEC) estabelecem disposições interessantes. Neste aspecto, extrai-se do documento em questão que a análise e avaliação dos riscos de *compliance* referentes à corrupção deve considerar o modelo da companhia – produtos e serviços oferecidos, grau de utilização de terceirizados, clientes, interação com órgãos governamentais –, a extensão das transações com governos estrangeiros, incluindo o pagamento de oficiais, os presentes e bônus oferecidos bem como as doações de campanha[272] e, ainda, o grau de regulamentação dos governos[273]. O documento estabelece, ainda, que a companhia deve focar nos riscos mais elevados, pois alguns programas de *compliance* gastam muita energia em transações pequenas, ou na análise de todos os terceirizados, esquecendo-se de focar nas transações mais elevadas e mais arriscadas e nos terceirizados que apresentem maior risco de descumprir as normas[274].

Também sobre corrupção, o recente decreto Brasileiro promulgado em 2015, Decreto 8.420, que regulamenta a Lei anticorrupção brasileira, dispõe sobre os programas de integridade (*compliance*) e estabelece, no artigo 41, parágrafo único, a necessidade da análise de riscos que considere as características e riscos atuais da pessoa jurídica, os quais devem estar em constante aprimoramento[275].

---

[271] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit., p. 30.

[272] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Securities and Exchange Commission. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. [Washington, D.C.], 2012b. Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 58.

[273] Ibid., p. 59.

[274] Ibid., loc. cit.

[275] BRASIL, 2015b.

O Manual da Empresa Limpa, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, também trata da imprescindibilidade de da análise dos riscos a que a organização está sujeita[276].

Essa identificação, avaliação e análise do risco de *compliance* deve ser periodicamente revista, uma vez que é possível observar mudanças tanto na atividade quanto no marco legal de obrigações a que a empresa está sujeita[277], bem como é possível haver situações de descumprimento que forcem a alteração da análise de riscos.

4.3 COMPROMETIMENTO DA ALTA CÚPULA

Outro ponto importante para a estruturação dos programas de *compliance* diz respeito ao compromisso assumido pela alta gestão da organização. Trata-se de ponto indispensável para o sucesso do programa, pois, apesar de o *compliance* destinar-se a todos os membros da organização, o exemplo dos superiores tem papel fundamental na postura dos empregados e subordinados dentro da sociedade empresária.

A *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) *Guidelines* preocupa-se expressamente desta questão, ao estabelecer que o programa de *compliance*, assim como toda decisão estratégica da sociedade, tem início no Conselho de Administração e na Diretoria. Os líderes da organização devem demonstrar um comprometimento com as normas e valores éticos, por meio do discurso e de ações concretas, tais como comportamento conforme às normas e ausência de tolerância com os comportamentos desviantes[278]. A alta administração deve incentivar constantemente seus funcionários, de forma explícita e implícita, ao atendimento às boas práticas. No Brasil, a regulamentação à Lei Brasileira também disciplina especificamente esta questão como um dos primeiros pontos a serem analisados na avaliação dos programas de integridade, ao estabelecer que a alta administração deve demonstrar apoio visível e inequívoco ao programa, nos termos do artigo 42, I. O manual do Ministério da Transparência, Fiscalização e

---

[276] BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade*: diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[277] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 8.

[278] UNITED STATES OF AMERICA, 2012b, p. 57.

controladoria Geral da União, de igual forma, estaca este ponto como um dos cinco pilares para um programa efetivo de *compliance.*

A *ISO 19600:2014* também trata do comprometimento da alta cúpula da sociedade, ao sinalizar que esta deve demonstrar liderança e comprometimento com o respeito às obrigações de *compliance* em todas as condutas praticadas no seio da organização[279]. O documento do COSO trata, igualmente, da importância da questão, ao afirmar que o sucesso das recomendações do relatório dependem da posição e da função das partes envolvidas, sobretudo do Conselho de Administração, e da alta diretoria que devem atuar concatenadamente no gerenciamento de riscos eficaz.

O Código de Governança Corporativa da Alemanha (*German Corporate Governance Code*[280]) traz a previsão expressa da necessidade de comprometimento e atuação da alta administração para a efetividade de um sistema adequado de Governança e, em particular, de *compliance*. Neste particular, o item 3.4 recomenda que o Conselho de Administração deve informar aos Diretores, de forma rápida e compreensível, as questões relevantes para a companhia, tais como a gestão de riscos e o *compliance*; Além disto, no item 4.1.3, há a expressa previsão de que o Conselho de Administração deve ter como missão assegurar que o Direito Interno e da Empresa sejam respeitados pelo público interno, devendo trabalhar para alcançar o cumprimento das regras pelos empregados e parceiros.

A doutrina, de igual modo, manifesta-se sobre o comprometimento da alta liderança. Neste sentido, Bruno Maeda assinala que cabe à alta administração demonstrar, por discurso e ações, a não tolerância com irregularidades, ainda que estas venham a trazer benefícios financeiros para a companhia. Segundo o autor, a alta administração deve demonstrar, claramente, que "a empresa está plenamente comprometida com o desenvolvimento de negócios pautados em princípios sólidos de integridade corporativa"[281]. Maeda afirma, ainda, que a alta administração deve estar comprometida no treinamento e comunicação interna, que será visto a seguir, no aporte de recursos financeiros disponibilizado à

[279] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 9.
[280] REGIERUNGSKOMMISSION DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX. *German corporate governance code*. Germany, 2014. Disponível em: <http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/en/download/code/E-CorpGov_2014.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.
[281] MAEDA, 2013, p. 182.

implementação do *compliance*, e, ainda, deve permitir que qualquer empregado tenha acesso aos níveis mais altos da hierarquia do *compliance*, para denunciar irregularidades. Outro ponto importante apresentado por Maeda, com base no *U.S. Sentencing Guidelines* da FCPA diz respeito à exigência de que a alta administração exclua dos seus quadros pessoas com histórico de violação do *compliance*[282].

Marcelo Coimbra e Vanessa Manzi Binder também se manifestam pela necessidade de que o corpo diretivo e a alta administração colaborem e liderem o programa de *compliance*[283], mostrando o seu comprometimento com a eficácia deste.

4.4 ELABORAÇÃO DE DOCUMENTOS ESCRITOS

Todos os pontos já mencionados são imprescindíveis para a fase anterior ao início efetivo do programa de *compliance*. Após analisar o ambiente interno da sociedade empresária, os riscos e com o apoio da alta administração, já há a maturidade e reunião de informações suficientes para a implementação do programa, o que se dará por meio da elaboração de documentos escritos.

O compromisso da sociedade de atuar em conformidade com a lei deve ser registrado em documentos escritos, tais como o Código de Conduta, documento genérico que concentra os valores éticos que servem de base para a empresa, bem como a missão desta e os Códigos de Procedimento, que define a atuação concretizada da empresa para cumprir o determinado no Código de Conduta. O *U.S. Guidelines* da FCPA trata da documentação escrita. Os códigos de conduta devem ser “claros, concisos e acessíveis a todos os empregados e àqueles que negociam com a empresa”[284]. Devem, ainda, promover uma cultura empresarial ética que transcenda os limites do mero respeito à legalidade, devendo respeitar princípios mestres do ambiente ético de trabalho, como promoções, transparência e diálogo[285]. Por fim, o código deve refletir o comprometimento da alta administração com a missão apresentada. A

[282] MAEDA, 2013, p. 185.
[283] COIMBRA; BINDER, 2010, p. 55.
[284] UNITED STATES OF AMERICA, 2012b, p. 57.
[285] NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008a, p. 241.

regulamentação à lei Brasileira, já mencionada, trata deste ponto no artigo 42, inciso II, ao determinar a necessidade de padrões de conduta, código de ética, política e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos da empresa, sem distinção.

A recomendação Italiana, já mencionada alhures, também menciona a importância do Código de Conduta para a eficácia do programa de *compliance*. Segundo o dispositivo, o Código de Conduta é o "documento genérico da empresa que congloba o conjunto de direitos e deveres e da responsabilidade do ente no confronto com os 'portadores de interesse' (colaboradores, fornecedores, clientes, Administração Pública [...]". A função do código é promover, recomendar ou vetar comportamentos, com base nas obrigações de *compliance*, e, ainda, estabelecer sanções proporcionais às violações[286].

Segundo Adán Nieto Martín, os códigos de conduta tem a missão de especificar os preceitos que foram genericamente trazidos na lei à luz das peculiaridades que apresenta a organização. A lei não tem como regular de forma pormenorizada todos os comportamentos permitidos ou proibidos no mundo empresarial, de sorte que os códigos de conduta ou de bom governo assumem o papel de densificar os preceitos legais a que a sociedade está sujeita[287].

A recomendação Italiana é ainda mais específica e detalhada, prevendo que os códigos de conduta podem conter elementos mínimos que se diferenciam em relação ao delito doloso e ao delito culposo. Para a prevenção aos crimes dolosos, recomenda-se que os Códigos tratem do compromisso da empresa e dos terceiros colaboradores de respeitar a lei e os regulamentos vigentes em

---

[286] "[...] i codici etici sono documenti ufficiali dell'ente che contengono l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei "portatori d'interesse" (dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, ecc.). Tali codici mirano a raccomandare, promuovere o vietare determinati comportamenti, indipendentemente da quanto previsto a livello normativo, e possono prevedere sanzioni proporzionate alla gravità delle eventuali infrazioni commesse. I codici etici sono documenti voluti ed approvati dal massimo vertice dell'ente." Cf. CONFEDERAZIONE GENERALE DELL'INDUSTRIA ITALIANA. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*: ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. atual. até mar. 2014. Roma, 2014. Disponível em: <http://www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it5266/cae2de6a-d86f-49b4-8691-5d2c51e78017/Linee+Guida+231+Confindustria+-+P.+generale.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=cae2de6a-d86f-49b4-8691-5d2c51e78017>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 46.

[287] NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Gobierno corporativo y derecho penal*: mesas redondas derecho y economia. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008b, p. 135.

quaisquer dos países em que opere[288], da obrigação de registro, autorização e verificação legítima e coerente das informações da empresa[289]. Por fim, é conteúdo essencial da prevenção a crimes dolosos que os códigos de conduta tratem das normas anticorrupção, prevendo a proibição de oferecimento e pagamento de vantagens indevidas.

Quanto aos delitos culposos, a recomendação é que o código de conduta trate de mecanismos para eliminar ou evitar os riscos, valorar os riscos que não podem ser eliminados, da redução dos riscos na fonte, da proteção aos princípios econômicos e de segurança do trabalhador, dos mecanismos para a substituição dos riscos mais graves por outros menos graves e da prioridade à redução de riscos coletivos em relação aos riscos individuais.[290]

No Brasil, a já mencionada obra elaborada pelo Ministério da Transparência, fiscalização e controle, que serve como guia para sociedades privadas que queiram se adequar às previsões da Lei anticorrupção também aborda, expressamente, a necessidade de elaboração de regras e instrumentos escritos para formalizar o programa na sociedade. Trata-se de um dos cinco pilares mencionados na obra para o Programa de Integridade (tradução adotada na Lei para Programas de *compliance*[291]*).*

4.5 REALIZAÇÃO DE TREINAMENTOS

Não é suficiente, no entanto, a mera existência de códigos de conduta e procedimentos escritos. O código de conduta deve ser *difundido* para as partes internas e externas da empresa. Quanto aos sujeitos externos, é necessário que os terceiros que negociam com a empresa tenham conhecimento do código e dos valores nele contidos, bem como que o contrato com estes sujeitos externos inclua cláusulas de rescisão no caso de atuação em desconformidade aos preceitos estabelecidos no código de conduta[292]. Isto foi especificado na regulamentação brasileira, no artigo 42, inciso III.

---

[288] CONFEDERAZIONE GENERALE DELL'INDUSTRIA ITALIANA, op. cit., p. 46.
[289] Ibid., p. 47.
[290] Ibid., p. 48-49.
[291] BRASIL, 2015a.
[292] MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 225.

Quanto ao público interno, funcionários, diretores e alta gestão, é necessário haver um trabalho de comunicação idôneo a transformar o código no verdadeiro referencial de conduta, e não em um simples documento que traduz regras burocráticas, que não norteiam o funcionamento da empresa. Assim, além da elaboração dos referidos documentos, faz-se imprescindível que haja *treinamento periódico dos funcionários* de todas as hierarquias da empresa, acompanhados de avaliações que comprovem a eficácia dos treinamentos realizados e o entendimento das partes. Em outros termos, a empresa precisa garantir que os seus funcionários conheçam e compreendam os valores e procedimentos a serem adotados.

O *U.S. Guidelines* dispõe sobre o que foi aqui apresentado. Segundo o documento, a comunicação interna é imprescindível, materializando-se por meio de contínuos e periódicos procedimentos de treinamento e certificação de todos os funcionários e diretores e, até mesmo, de parceiros[293]. O documento ainda estabelece um fator muito importante a ser observado no treinamento: a linguagem utilizada, que deve ser idônea a compreensão por todos os setores da empresa, os quais são evidentemente plurais e com capacidades de compreensão linguística distintos. Assim, apesar do conteúdo ser o mesmo, o treinamento aos funcionários com nível de escolaridade inferior não pode ser feito de forma idêntica do treinamento realizado com a Diretoria. A regulamentação à lei anticorrupção no Brasil aborda o tema no artigo 42, inciso IV.

A recomendação da *ISO 19600:2014* acrescenta que todos os métodos de comunicação aos empregados e terceiros podem ser utilizados, como *website*, email, resumos, advertências, informativos periódicos, relatórios anuais, discussões informais, dias de treinamento, treinamento em grupo, diálogos, eventos e linhas de telefone[294].

4.6 NOMEAÇÃO DE UM RESPONSÁVEL PELO *COMPLIANCE*

Acrescentando-se aos outros pontos já mencionados, é de se afirmar que a eficácia dos programas de *compliance* depende, outrossim, da fiscalização dos procedimentos realizados pelos funcionários, para que se possa verificar a

[293] UNITED STATES OF AMERICA, 2012b, p. 59.
[294] INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2014, p. 20.

ocorrência, ou não, de irregularidades e desvios. Isto envolve, necessariamente, a designação de um grupo de funcionários, ou, ao menos, de um funcionário, a depender da estrutura da empresa e do aporte de recursos destinados à estruturação do *compliance*.

O(s) funcionário(s) responsável(is) por verificar(em) o cumprimento do programa é(são) denominado(s) na literatura de *compliance officer* ou oficial de cumprimento. Consoante já ressaltado, pode haver uma equipe de funcionários, liderada por um chefe, o *Chief Compliance Officer*, ou apenas um funcionário. O responsável pelo *compliance* é um "promotor da integridade da organização"[295], sendo o responsável pelo programa desde o treinamento. Todos os funcionários são responsáveis pelo sucesso do programa de *compliance*, porem o *compliance officer* é o protagonista do programa, sendo o seu "principal gestor"[296].

A localização do *compliance officer* dentro da estrutura hierárquica da empresa é fator crucial para o sucesso do programa. Segundo as *FCPA Guidelines*, o funcionário responsável pela gestão do *compliance* deve ter autonomia e acesso direto à alta cúpula da empresa, ou seja, à Diretoria e ao Conselho de Administração, bem como à Auditoria externa[297]. Isto é fundamental para que o chefe pelo *compliance* possa reportar, diretamente, à alta administração as irregularidades observadas, inclusive aquelas praticadas por membros que compõem o topo da empresa. Caso o responsável por *compliance* seja admitido como um subordinado da Diretoria, não haveria a independência necessária para apurar o funcionamento do programa e eventuais falhas.

Além da independência, é fundamental que este profissional tenha autonomia e estabilidade na empresa, evitando-se, assim, que sua atuação seja limitada temendo as represálias que pode sofrer. Neste contexto, é interessante um contrato de estabilidade com o profissional, nos moldes similares ao que já existe no Direito Brasileiro nos casos do Dirigente Sindical (previsto no artigo 535, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) e do membro da Comissão Interna para a Prevenção de Acidentes do Trabalho, (previsto no artigo 10, inciso II, alínea "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). A regulamentação à Lei Brasileira trata da matéria no artigo 42, IX.

---

[295] COIMBRA; BINDER, 2010, p. 47.
[296] Ibid., p. 48.
[297] UNITED STATES OF AMERICA, 2012b, p. 58.

É importante, outrossim, a existência de recursos financeiros próprios para que o responsável pelo *compliance* possa executar adequadamente a vigilância e os procedimentos internos de fiscalização e detecção de irregularidades[298]. A necessidade de instância autônoma responsável pelo programa, bem como a alocação de recursos financeiros e técnicos para esta também foi mencionada pela obra do Ministério da Transparência e controle, integrando um dos cinco pilares para a efetividade do programa[299].

O *compliance officer* deve realizar suas atividades de gestão do programa por meio de procedimentos documentados, a exemplo de livros e registros de controle do fluxo de valores, em consonância com o disposto na FCPA e na regulamentação à lei brasileira, no artigo 42, inciso VII.

4.7 CANAIS DE DENÚNCIA INTERNOS E EXTERNOS

O *compliance officer* deve controlar os procedimentos internos, atuando ativamente para verificar se há, ou não, o cumprimento das normas estabelecidas no programa. No entanto, tendo em vista que o sujeito ou a equipe responsável pelo *compliance*, por mais competente que seja, não é onipresente, sendo incapaz de acompanhar exaustivamente tudo que ocorre dentro da empresa, é necessário que haja um canal de denúncia interno, para auxiliar a detecção e correção de possíveis irregularidades. Os canais de denúncia, também conhecidos como *hotlines*, são meios de comunicação interna estabelecidos na sociedade para que os funcionários ou até mesmo terceiros possam denunciar irregularidades cometidas na empresa. Os canais de comunicação podem se materializar nos mais diversos meios, como canais de comunicação eletrônica (e-mails), linhas telefônicas e, até mesmo, canais de correspondência escrita, monitorados e acessados pelo setor de *compliance* da empresa. Estes canais de denúncia devem ter como pressuposto básico a manutenção do anonimato e a inexistência de represálias aos denunciantes[300].

---

[298] MUÑOZ DE MORALES ROMERO, 2013, p. 222.
[299] BRASIL, 2015a, p. 9-10.
[300] Os denunciantes de irregularidades são chamados, na literatura, de Whistleblowers. Esta expressão, traduzida para o vernáculo, significa aquele que toca o sino, ou seja, toda pessoa que denuncia à sociedade empresária ou às autoridades públicas a ocorrência de irregularidades que devem ser apuradas e podem ensejar responsabilidade civil ou criminal. Os denunciantes devem gozar de proteção e não sofrer represálias, nos termos do que estabelece

É imprescindível, outrossim, que o *compliance officer* dê a devida atenção às denúncias, investigando os fatos relatados a partir de procedimentos específicos previamente estabelecidos. Os canais de denúncia são levados em consideração pela regulamentação da Lei Brasileira para a efetividade dos programas de integridade, nos termos do artigo 42, X.

4.8 PROCEDIMENTOS SANCIONATÓRIOS

Para a eficácia do programa é necessário haver, outrossim, procedimentos específicos estabelecidos previamente por escrito para a apuração de irregularidades. Estes documentos também devem ser difundidos na empresa, garantindo que todos os empregados e os membros da alta cúpula saibam da existência e do funcionamento destes, de modo a assegurar uma espécie de "devido processo legal interno". Os procedimentos específicos de apuração de irregularidades devem apresentar o roteiro para a investigação, que garanta a apuração das possíveis irregularidades.

Uma vez detectada a ocorrência de irregularidades, é *dever* da empresa, para o correto e efetivo funcionamento do programa de *compliance*, a interrupção da atividade irregular e a sanção do funcionário envolvido, independente da posição hierárquica deste. Isto é muito importante para a mensagem de que a empresa não tolera ações não conformes com os preceitos dos códigos de conduta e procedimentos, e que a condução dos negócios deve atentar aos preceitos éticos e legais respectivos. A existência de irregularidades sem sanção torna letra morta os documentos escritos da empresa, além de representar uma aceitação ou passividade com o incorreto. A regulamentação à lei Brasileira

---

o artigo 33 da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, ratificada no Ordenamento Jurídico Pátrio por meio do Decreto Legislativo n. 5.687/2006. Além disto, o PL 4850/2016 trazia a previsão de proteção e recompensas aos denunciantes, por meio de proposta incluída na comissão especial da Câmara. Cf. BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016; Id. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 4.850, de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Inteiro teor. Relator: Dep. Antonio Carlos Mendes Thame e outros. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 26 dez. 2016.

disciplina a questão no artigo 42, incisos XI e XII.

A regulamentação do Decreto Italiano, já mencionada alhures, também trata particularmente da necessidade de existência de sistemas disciplinares e mecanismos de sanção, os quais devem obedecer a dois princípios básicos: proporcionalidade da sanção em relação ao dano causado e contraditório, garantindo o direito de defesa do sujeito acusado de cometer alguma irregularidade.[301]

As sanções a serem aplicadas também devem ser previamente estabelecidas e podem variar a depender da gravidade da irregularidade praticada. A legislação brasileira pode oferecer um auxílio quanto ao estabelecimento de sanções. Assim, é possível a aplicação de sanções de advertência, multa, suspensão das atividades (nos termos do artigo 474 da Consolidação das Leis do Trabalho) e, a mais grave de todas, demissão por justa causa (artigo 482, alínea b da Consolidação das Leis do Trabalho).

4.9 MONITORAMENTO, ANÁLISE E REVISÃO DO PROGRAMA

Por fim, a efetividade do programa de *compliance* depende, ainda do monitoramento, da análise e da avaliação do programa. É importante que haja um controle e verificação do funcionamento concreto do programa, feito, de preferência, por auditores externos e independentes[302]. Nesta etapa, será avaliado como o programa tem sido eficaz para a detecção de irregularidades, quais foram as falhas verificadas e, sobretudo, quais são os requisitos que podem ser aprimorados, de modo a contribuir adequadamente à prevenção de riscos de não conformidade. Além disto, a avaliação servirá para a verificação de novos riscos que surgirem a partir da modificação de leis e regulamentos a que a empresa está adstrita, bem como da necessidade de reforma do programa para prevenir estes riscos novos. A regulamentação à Lei Brasileira cuidou do tema no artigo 42, XV, e o Ministério da Transparência, fiscalização e controle, por meio da já mencionada cartilha, também disciplinou a questão, incluindo-a entre os cinco pilares[303]

---

[301] CONFEDERAZIONE GENERALE DELL'INDUSTRIA ITALIANA, 2014, p. 51.
[302] MUÑOZ DE MORALES ROMERO, 2013, p. 223.
[303] BRASIL, 2015a.

Do que se apresentou sobre a efetividade dos programas de *compliance*, é importante assinalar que estes devem ser vistos como procedimentos dinâmicos, que estão em constante modificação e aprimoramento. É de se afirmar, outrossim, que são programas coordenados por pessoas e, portanto, sempre sujeitos à falibilidade humana, de modo que nenhum programa, por melhor que seja, terá o condão de evitar, em todas as situações, os riscos de não conformidade. A função do programa é dirimir, mitigar estes riscos, devendo-se ter em mente que sempre haverá possibilidade da ocorrência destes.

4.10 A ANÁLISE DA EFICÁCIA NOS CASOS CONCRETOS

Os acordos celebrados entre algumas empresas acusadas de violações de *Compliance* com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos permitem a visualização, no caso concreto, dos requisitos de *compliance*. Isto se verifica nos denominados *Deferred Prosecution Agreement* (adiante denominados DPA) e *Non-Prosecution Agreement* (adiante denominados NPA). Os referidos acordos são firmados entre o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pessoas jurídicas acusadas de não conformidade[304]. O *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) pode ser traduzido como acordo de persecução diferida, que, em resumo, significa uma avença firmada entre as partes para evitar um processo criminal caso cumpridas as condições estabelecidas. O *Non presecution Agreement* (NPA), por seu turno, consiste no acordo de não processamento, quando verificado que a sociedade empresária possui um sistema eficaz de *compliance*, apesar da existência de violações por parte de seus funcionários. Ambos tem previsão no *United States Attorneys' Manual*[305], item 09.

---

[304] Como já se destacou, o FCPA pode ser aplicado tanto a pessoas físicas como a pessoas jurídicas. Atualmente, desde a edição do Memorando Yates, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem demonstrado, cada vez mais, a sua preocupação com a investigação e a punição de pessoas físicas, que seriam o ponto sensível da organização. Pode-se afirmar que, com este memorando, houve uma guinada na atuação do DOJ, que, anteriormente, tinha atuação mais diferecionada à punição pesada das pessoas jurídicas. Com a nova tendência, além dos requisitos já mencionados para a efetividade do programa, as pessoas jurídicas devem identificar todos os sujeitos envolvidos, independentemente da sua posição na sociedade. Além disto, o acordo e demais questões jurídicas relacionadas à sociedade não poderão ser concluídos sem que seja firmado um plano estratégico de responsabilização para as pessoas físicas envolvidas. Cf. UNITED STATES OF AMERICA, 2015.

[305] Id. Department of Justice. 163. Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations. In: _____. *U.S. Attorneys' manual*: criminal resource manual. Washington, D.C., 2008a. Disponível em:

Após a realização destes acordos, são nomeados auditores independentes (*Independent Corporate Monitors*), os quais atuam como "fiscalizadores" dos programas de cumprimento implementados após às condições fixadas nos acordos acima referidos[306]. Os monitores independentes reportam-se ao Estado, mas os custos são arcados pela sociedade empresária que celebra o acordo.

A sociedade empresária Panalpina World Transport (Holding) Ltd., cujo objeto social é frete e logística, celebrou com o DOJ e com a *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) um acordo DPA no qual a empresa e suas subsidiárias foram acusadas de pagamento de propina a funcionários públicos estrangeiros no montante de 27 milhões, em nome das empresas para as quais terceirizava o seu serviço.

Segundo se extrai do acordo, os membros da alta cúpula da sociedade tinham conhecimento do pagamento não documentado de propinas a funcionários públicos estrangeiros[307]. O auditor externo da organização avisou a um membro do Conselho de Administração, bem como a Membros da Diretoria da sociedade, enfatizando a necessidade de adoção de um código de ética que expressamente proibisse o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros. Houve resistência do membro do conselho, o que demonstra que a alta administração não estava comprometida com as diretrizes de *compliance*. Ainda segundo o acordo, havia uma aceitação pacífica e natural dos pagamentos de propina como custos e procedimentos usuais para a realização de negócios em determinadas localidades[308].

Por meio do acordo, a sociedade empresária comprometeu-se pagar uma multa de $156.565.000 de dólares. Além do pagamento, a empresa concordou em realizar mudanças no seu programa interno de *compliance*[309] nos termos referidos

---

<http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-monitors>. Acesso em: 21 maio 2015.

306 SULZBACH, Patricia M. Independent corporate monitors: a company's friend or foe? *White collar crime Committee newsletter*, Washington, D.C., winter/spring 2013. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/sulzbach.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015, p. 1.

307 UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court. Southern District Of Texas. *Case n. 4:10-cr-00765*. Houston, 4 nov. 2010. Plea agreement. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015, p. 56.

308 Ibid., p. 57.

309 Ibid., p. 63.

no Anexo C do acordo. Segundo os pontos mais importantes do que fora estabelecido no DPA, a Panalpina concordou em modificar ou adotar novos procedimentos de *compliance* e gestão de riscos internos, uma vez que o programa existente foi considerado deficiente. Consoante o que se extrai do acordo, a empresa se comprometeu, também, a adotar procedimentos escritos e documentados contra a corrupção, com base nas disposições da FCPA e quaisquer outras normas anticorrupção existentes nos países em que atuar[310]. Além disso, a alta gestão da sociedade comprometeu-se a adotar o programa de *compliance* e a fornecer todo o suporte para evitar os casos de não conformidade[311]. A sociedade assumiu, ainda, o compromisso de fiscalizar os terceiros com quem negocia, a exemplo de intermediários, consultores, distribuidores, parceiros, entre outros.

Notadamente no que se refere ao *risk assessement*, ou mapeamento de risco de corrupção, a organização, segundo o acordo mencionado, firma o compromisso de realizar o adequado o mapeamento dos riscos, analisando individualidade dos negócios da companhia e levando em consideração os riscos de corrupção de funcionários públicos relacionados com a sociedade e suas atividades. Neste caso, o acordo menciona que a organização, no mapeamento de riscos, deve verificar as particularidades geográficas da organização, os tipos e hierarquias dos funcionários públicos com os quais lidam, os setores industriais nos quais operam, a importância das licenças e permissões para os negócios das companhias com as quais a Panalpina negocia, e o volume e importância de bens nas relações de imigração em outros países[312].Em outros termos, o acordo traz as variáveis bem específicas do negócio que devem ser analisadas no mapeamento dos riscos. Para a gestão dos riscos de *compliance* em matéria de corrupção, a organização, segundo o acordo, deve nomear um ou mais responsáveis pelo programa que pertençam ao alto escalão da empresa, o qual deve contar com independência e autonomia[313]. Além disto, a sociedade deve manter os registros de sua contabilidade sem omissões, evitando que esses registros sejam utilizados para mascarar pagamentos de propina. O acordo menciona, ainda, os treinamentos eficazes a todos os membros da sociedade, a

[310] UNITED STATES OF AMERICA, 2010, p. 64.
[311] Ibid., loc. cit.
[312] Ibid., p. 65.
[313] Ibid., p. 66.

instituir mecanismos sancionatórios, e a revisar o programa sempre que necessário.

Outro caso interessante envolve a Siemens AG[314]. Trata-se da mundialmente conhecida empresa que opera, preponderantemente, nos setores de transportes e telecomunicações, com sede em Munique, na Alemanha e negócios em vários outros países, a exemplo de Brasil, China, Grécia, Argentina, entre outros. Nos anos de 2001 a 2007, a empresa realizou 4283 pagamentos ilegais de propina a funcionários estrangeiros, que totalizaram o valor de 1.4 bilhão de dólares e ocasionaram, para a empresa, um benefício estimado em 1.1 bilhão de dólares. Dentre estes pagamentos de propina, muitos eram feitos por meio de terceirizados especificamente contratados para este propósito. Em outros casos, os pagamentos eram feitos por meio de contabilidade paralela mantida por Executivos da companhia.

A Siemens e suas subsidiárias, por meio de seus executivos, estavam envolvidas em escândalos de corrupção em 23 localidades: Argentina, Austria, Bangladesh, Brasil, Caribe, Ásia Central, China, Grécia, Hungria, Iraque, Israel, Itália, Kuwait, México, Nigéria, Noruega, Rússia, Sérvia, África do Sul, Suíça, Thailandia, Turquia, Venezuela. Como consequência, a empresa foi obrigada a arcar com multa de US$ 1.6 Bilhões de Dólares, às autoridades dos Estados Unidos (DOJ e SEC) e da Alemanha[315].

No caso da Siemens, em que pese a existência de um sistema interno de *compliance*, os órgãos internos encarregados de verificar a aplicação do programa de cumprimento normativo nada fizeram quando os delitos foram descobertos. Não houve sanção aos infratores que eram, em sua maioria, membros da alta hierarquia na empresa, os quais permaneceram nos seus respectivos cargos mesmo quando as irregularidades foram detectadas. Em verdade, segundo alegou Matthew Friedrich, Procurador Geral Adjunto, o pagamento de propina consistia em um procedimento operacional padrão na

---

[314] SIEMENS AG. In: TRACE COMPENDIUM. Annapolis, MD: Trace International, 2015. Disponível em: <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=124>. Acesso em: 20 maio 2015.

[315] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Office of Public Affairs. Siemens AG and three subsidiaries plead guilty to Foreign Corrupt Practices Act violations and agree to pay $450 million in combined criminal fines. *Justice news*, Washington, D.C., 15 dez. 2008b. Disponível em: <http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>. Acesso em: 20 maio 2015.

companhia[316]. As irregularidades só se tornaram públicas após busca e apreensão na sede da sociedade empresária, em Munique, por autoridades Alemãs. A partir deste ponto, a Siemens passou a colaborar ativamente com as investigações na Alemanha e nos Estados Unidos, realizando alterações substanciais no seu programa interno de *Compliance*.

O caso do Banco Morgan Stanley na China também é interessante de ser mencionado. Morgan Stanley & Co., Inc. é uma instituição financeira com sede em Nova York, Estados Unidos, e filiais em outros países. Na filial da China, Garth Peterson liderava a Instituição e foi acusado de pagar propina a oficiais chineses para viabilizar a execução de negócios naquele país[317]. O pagamento de propina foi no montante aproximado de 1.8 milhões de dólares. A irregularidade foi detectada pelo sistema de *compliance* da Instituição Financeira em 2008 e, na sequência, o funcionário foi demitido e os documentos foram encaminhados à *U.S. Securites Exchange Comission*.

Durante as investigações, os documentos juntados comprovaram que o Morgan Stanley possuía um sistema de anticorrupção e *compliance* que era frequentemente atualizado para refletir o desenvolvimento das regulamentações e alteração dos riscos, no qual havia a proibição expressa de pagamento de propinas ou de promessas a funcionários públicos oficiais de qualquer nacionalidade. Além da formalização do programa, havia efetivos treinamentos internos, os quais foram realizados 54 vezes com funcionários da Instituição Financeira na China no período de 2002 a 2008. Peterson, neste período, recebeu treinamento por oito vezes. Ficou constatado, outrossim, que os responsáveis pelo setor de *compliance* da Instituição realizava um monitoramento efetivo e regular, realizando auditoria com empregados. Por fim, a Instituição e seus responsáveis realizavam *Due-Dilligence* em todas as negociações com sociedades parceiras, impondo rígidos controles de pagamento a estas.

As fraudes e ações de corrupção só foram possíveis porque Peterson conspirou com alguns outros funcionários para burlar as determinações do programa de controle interno, o que foi descoberto pela empresa, conduzindo-a a

[316] UNITED STATES OF AMERICA, 2008b.

[317] Id. Department of Justice. Office of Public Affairs. Former Morgan Stanley managing director pleads guilty for role in evading internal controls required by FCPA. *Justice news*, Washington, D.C., 25 abr. 2012a. Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>. Acesso em: 21 maio 2015.

realizar as sanções adequadas.

Por força das provas contidas nos autos, o DOJ considerou que o Morgan Stanley e seus representantes fizeram tudo que estava ao seu alcance para evitar o cometimento de irregularidades, apresentando um efetivo programa de *compliance*. Assim, apenas Peterson foi processado, tendo sido condenado em 2012 a uma pena máxima de 5 anos de prisão e multa de 250 mil dólares[318].

No Brasil, é ainda recente a vigência da Lei anticorrupção, que, como já se discorreu no capítulo anterior, pune administrativamente pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública. Não há como deixar de destacar, no entanto, que, muito embora a lei seja recente, já foram firmados acordos entre algumas sociedades empresárias e a força Tarefa do Ministério Público Federal para a Operação Lava Jato. Dentre estes, é importante mencionar o acordo firmado com a Odebrecht S.A. Holding e com a Brasken S.A., no qual as referidas sociedades se comprometeram a fornecer informações e documentos sobre a prática de corrupção e demais atos lesivos à administração pública, além de aprimorar os seus programas internos de *compliance* e realizar investigações para o fornecimento de dados complementares. Além deste compromissos de colaboração, as sociedades deverão arcar com o pagamento de multas. A Braskem pagará, em parcelas, o valor total de, na data de assinatura do acordo, a R$ 3.131.434.851,37. A Odebrecht, por seu turno, obriga-se a pagar o equivalente a R$ 3.828.000.000,00, também em parcelas[319]. Como já se afirmou, no Brasil, não há responsabilidade penal das pessoas jurídicas para atos de corrupção, de modo que estes acordos referem-se à responsabilidade civil e administrativa, muito embora tenham repercussão penal para as pessoas físicas envolvidas nos fatos.

Em linhas gerais, o funcionamento do programa de *compliance*, para se tornar um efetivo meio de controle de riscos criminais e em geral, deve atender às recomendações apresentadas acima. Nada obstante, a depender do risco a que a atividade exercida pela sociedade empresária esteja exposto, são necessárias

[318] UNITED STATES OF AMERICA, 2012a.

[319] Como o acordo ainda não foi homologado judicialmente, apenas no âmbito interno do MPF, não foi possível uma análise mais aprofundada, de modo que se preferiu citar as informações extraídas do sítio eletrônico do órgão. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Paraná. Assessoria de Comunicação. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. Curitiba, 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 26 dez. 2016.

algumas adaptações específicas. No caso da Lavagem de Capitais e da Corrupção, fenômenos cujas tipificações criminais foram tratadas anteriormente, a estruturação do programa de *compliance* deve atender a algumas peculiaridades, nos termos apontados a seguir.

4.11 A ESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ESPECÍFICO PARA A PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS

Consoante já se ressaltou no item anterior, há requisitos básicos formulados à luz de uma moldura genérica, que pode ser utilizada na mitigação dos riscos a que a atividade está sujeita, sejam estes riscos gerais ou legais, e, dentre estes, riscos de desconformidade com as normas do Ordenamento. A moldura genérica formulada merece especificações em atenção aos deveres específicos previstos no ordenamento brasileiro, que trarão particularidades quanto às etapas de implementação do programa, nos termos a seguir.

Para a especificação da estrutura de *compliance* voltada à política antilavagem de capitais, esta tese se baseou, em princípio, na Lei nº 9.613/98 e suas alterações. Além disto, foram consultadas as resoluções do Coaf sobre a matéria, quais sejam: Resolução nº 6, de 2 de Julho de 1999, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas administradoras de cartões de credenciamento ou de cartões de crédito (Coaf); Resolução nº 7, de 15 de Setembro de 1999, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas Bolsas de Mercadorias e corretores que nelas atuam (Coaf); Resolução nº 8, de 15 de Setembro de 1999, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte e antiguidades (Coaf); Resolução nº 10, de 19 de Novembro de 2001, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas não financeiras prestadoras de serviços de transferência de numerário (Coaf); Resolução nº 21, de 20 de Dezembro de 2012, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas empresas de fomento comercial, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998 (Coaf); Resolução nº 23, de 20 de Dezembro de 2012, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998; Resolução nº 24, de 16 de

Janeiro de 2013, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998; Resolução nº 25, de 16 de Janeiro de 2013, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou intermedeiem a sua comercialização, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998.

Além disto, foram consultados alguns atos normativos dos setores regulados por órgãos próprios, quais sejam: Instrução nº 18, de 2014, que estabelece orientações e procedimentos a serem adotados pelas entidades fechadas de previdência complementar em observância ao disposto no art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, bem como no acompanhamento das operações realizadas por pessoas politicamente expostas e dá outras providências; Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração (Drei) nº 24, de 4 de junho de 2014, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado no âmbito das Juntas Comerciais para o cumprimento do disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; Resolução CFC nº 1.445, de 2013, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores; Resolução nº 1.168, de 2010 – Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, para cumprimento das obrigações consignadas na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 e subsequentes alterações.

Todos esses documentos são de fácil acesso dos leitores no sítio eletrônico do Coaf, de modo que não serão disponibilizados como anexos no trabalho.

4.11.1 Mapeamento de riscos

O mapeamento de riscos, como já se destacou, consiste na identificação dos eventos possíveis de causar efeitos deletérios relacionados à atividade

exercida. Esta identificação de riscos deve ser feita à luz das obrigações que determinada atividade negocial está sujeita, de modo que a estruturação do programa de *compliance* deve ser acompanhada da análise das leis, regulamentações, e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca destas.

No que concerne ao mapeamento de riscos para os programas de Lavagem de Capitais, é imprescindível, em um primeiro momento, a atenção à Lei de Lavagem de Capitais, bem como às suas regulamentações, notadamente àquelas que são específicas para cada setor da atividade. Além disto, é importante uma análise sobre as tipologias do crime de lavagem. As resoluções permitirão identificar quais as obrigações existentes, quais as operações que são consideradas suspeitas de lavagem e as tipologias complementarão a análise, fornecendo exemplos concretos de situações suspeitas que, por representarem uma criminalidade sofisticada, podem não estar ao alcance do conhecimento dos sujeitos obrigados.

Para a tipologia, o FAFT-GAFI traz estudos importantes, apontando formas já verificadas da ocorrência de Lavagem de Capitais, que propiciam o entendimento de operações suspeitas que podem ser realizadas no setor da economia que se quer prevenir o delito. No sítio eletrônico do organismo internacional, é possível encontrar estudos relacionados às tipologias do crime em geral[320], assim como em setores específicos, como futebol[321], pagamentos realizados online[322], profissionais liberais[323].

No Brasil, o Coaf disponibiliza gratuitamente três publicações nas quais há a previsão para a tipologia de Lavagem. Trata-se Coletânea de Casos de Lavagem de Dinheiro 1, 2 e 3. Na versão 3[324], publicada em maio de 2015, foram

---

[320] FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Financial Action Task Force on Money Laundering. *Report on money laundering typologies*: 2003-2004. [Paris], 2004. Disponível em: <https://www.imolin.org/pdf/imolin/FATF_Typologies_Rpt_2003-04.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[321] Id. *FATF report*: money laundering through the football sector. [Paris]: FATF, OECD, 2009. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/football.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[322] Id. *Money laundering & terrorist financing vulnerabilities of commercial websites and internet payment systems*. [Paris]: FATF, OECD, 2008. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/40997818.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[323] Id. *Best practices*: combating the abuse of non-profit organisations (recommendation 8). [Paris]: FATF, OECD, 2013. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/npoabuse.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[324] BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro*. Brasília, 2015c. v. 3. Disponível em:

listadas quinze tipologias do delito de Lavagem: Remessa de Recursos Ilícitos por meio de Fraude no Comércio Exterior, Lavagem de Dinheiro de *Factoring* Informal via Postos de Combustíveis, Aquisição de Insumos para Produção de Drogas, Sistema Alternativo de Remessas de Valores via Sites de Vendas na Internet, Corrupção de Servidores Públicos, Lavagem de Dinheiro do Tráfico de Drogas via Agências de Turismo, Agiotagem com Cartões de Benefícios, Ocultação de Patrimônio para Sonegação Fiscal, Desvios de Recursos de Prefeituras via Contratação de Shows sem Licitação, Lavagem de Dinheiro do Tráfico de Drogas via Movimentações Financeiras em Contas Bancárias de Estudantes, Lavagem de Dinheiro via Desvio de Recursos do Pronaf, Remessa Ilegal de Divisas por meio de Fraudes em Contratos Cambiais, Lavagem de Dinheiro por meio de Cartões de Crédito, Financiamento Irregular de Campanha Eleitoral com Propinas, via Contas de Supermercados e Transportadoras de Valores, Fraude via Falsificação de Boletos Bancários.

Apenas para pegar um exemplo relacionado aos sujeitos obrigados, quais sejam, administradoras de cartões de crédito, o caso 13[325] auxiliará no mapeamento de riscos. Segundo se extrai da coletânea, os sujeitos realizaram atos de Lavagem de Capitais a partir do seguinte procedimento:

> Pessoas físicas obtém por meio de documentos falsos o registro de vários CPFs em seus nomes (1). Com um desses CPF abrem uma empresa de fachada para que possa alugar uma máquina de cartão de crédito (2). Com os outros CPFs conseguem vários cartões de créditos (3) dos quais todo limite é gasto com supostas compras na própria empresa de fachada (4).
> As faturas desses cartões são pagas em valores maiores aos devidos por meio de boletos bancários, com recursos em espécie advindos de atividades ilícitas, notadamente de contrabandos e roubos (5). Como o pagamento é feito pontualmente e a maior, os limites dos cartões são elevados rapidamente, aumentando o fluxo de recursos. Os valores pagos a maior são restituídos pela administradora dos cartões de crédito (6).
> Tanto os recursos recebidos por meio de cartões de créditos, bem como os restituídos pela instituição financeira, são depositados na conta da empresa fantasma (7) ou nas contas vinculadas a alguns dos CPFs (6), tendo como origem a administradora dos cartões. A empresa justifica esses créditos como vendas, que na verdade são fictícias e respaldadas por meio de notas fiscais falsas.[326]

Do caso em questão, extrai-se que as empresas administradoras de cartão de crédito, sujeitos obrigados por força do artigo 9º, parágrafo único, inciso

---

<https://www.gestaocoaf.fazenda.gov.br/links-externos/III%20Coletanea_30.04.2015.pdf/at_download/file>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[325] BRASIL, 2015c, p. 28.

[326] Ibid., loc. cit.

III da Lei antilavagem devem considerar o risco de pagamentos com cartão serem usados como prática de Lavagem, notadamente nos casos de restituição. Isto já é, inclusive, considerado operação suspeita no setor.

Além da atenção às tipologias do crime, é fundamental que os sujeitos tenham conhecimento das resoluções específicas do seu setor, as quais apresentarão o conceito de operações suspeitas que mereçam exame na situação concreta. As resoluções serão examinadas no próximo subtópico. É importante que o mapeamento de riscos seja revisado periodicamente, em atenção às modificações nas resoluções ou na ampliação da atividade, com o surgimento de novos produtos, por exemplo. É imperioso, ainda, a revisão do programa para suprir e modificar os mecanismos adotados em casos de falhas dos procedimentos.

4.11.2 Elaboração de documentos escritos

Além do mapeamento de riscos, um programa eficaz de *compliance* voltado às exigências da política antilavagem deve possuir documentos escritos determinando a adoção de procedimentos aptos ao cumprimento das obrigações previstas na lei. É importante que o sujeito obrigado estabeleça, no seu Código de Conduta, que os procedimentos internos são adotados em conformidade à política antilavagem. Além disto, é imprescindível a elaboração do código de procedimento, baseado na análise prévia de riscos efetuada para estabelecer um conjunto de procedimentos que devem ser adotados nas negociações, com o fito de atender as obrigações[327].

Basicamente, a atuação no setor econômico, voltada a contribuir para a Política Estatal antilavagem, impõe que os sujeitos obrigados realizem algumas atividades. Não há sistematização na Lei, como ocorre, por exemplo, com o diploma preventivo e repressivo de Portugal, mas, do conjunto normativo brasileiro, é possível extrair os seguintes deveres dos sujeitos obrigados:

[327] Apenas para citar um exemplo, a Volkswagen do Brasil, setor obrigado por comercializar bens de luxo e alto valor, divulga para os funcionários, parceiros e ao público em geral uma cartilha para a Lavagem de Capitais. Cf. VOLKSWAGEN BRASIL. *Prevenção à lavagem de dinheiro*. [São Paulo], 2014. Cartilha. Disponível em: <http://www.vw.com.br/content/medialib/vwd4/br/editorial/cartilha-de-preven--o---lavagem-de-dinheiro-vwb-pdf/_jcr_content/renditions/rendition.download_attachment.file/cartilha-de-preven--o---lavagem-de-dinheiro-vwb.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

identificação, diligência, exame, conservação, comunicação, colaboração, segredo e formação (treinamento). Segundo se entende, o dever de recusa foi imposto apenas em situações pontuais, que serão a seguir apresentadas, e o dever de abstenção não está presente na lei. Os deveres previstos deverão ser adotados no documento escrito que estabelece os procedimentos adotados pela empresa. A seguir a análise pormenorizada dos deveres com base nas resoluções existentes sobre a temática.

4.11.2.1 Dever de identificação

O dever de identificação está previsto, inicialmente, no artigo 10, inciso I da Lei de Lavagem de Capitais. O referido dever é complementado pelas resoluções específicas para cada setor da atividade econômica. O dever de identificação, mais conhecido como *Know your Client* (KYC) é o mais basilar dos deveres impostos aos particulares nas políticas de colaboração antilavagem, pois permite identificar com quem se está travando determinada relação negocial[328].

Além da identificação do cliente, é necessária a identificação dos demais sujeitos que participam da relação, quais sejam o procurador deste se houver, e o destinatário final (beneficiário) da operação, com todos os seus dados. A identificação do cliente, procurador e do beneficiário deve ser realizada antes de se travar negócios com aquelas pessoas, e, se for uma relação contínua, os cadastros devem ser periodicamente atualizados. É importante, outrossim, que haja uma comprovação de que o cadastro foi efetuado pelo cliente, o que pode ocorrer por diversos meios, como ficha cadastral escrita, registro eletrônico de envio da ficha e dos documentos, registro por central de atendimento telefônico, apenas para exemplificar.

Consoante se extrai das resoluções, para a correta realização dos deveres de identificação, é necessário verificar se se trata de pessoa física ou jurídica.

Para as pessoas físicas, em regra, exige-se o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), o número do documento de

[328] BLANCO CORDERO, Isidoro. La prevención del blanqueo de capitales. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 445.

identificação civil (Registro Geral, Carteira de Habilitação, Carteira profissional, passaporte, etc.) e o endereço. Para alguns setores, a exemplo de Administradoras de Cartão de Crédito (artigo 5º da Resolução 06/1999, Coaf), Bolsa de Mercadorias ou corretores (artigo 3º da Resolução 07/1999, Coaf), exige-se a atividade principal exercida pela pessoa. Em outros casos, a exemplo do setor de joias (artigo 4º da Resolução 23/2012, Coaf), por exemplo, exige-se a verificação se se trata de pessoa politicamente exposta, nos termos da Resolução 15 do Coaf.

No setor financeiro, as exigências são maiores. O Banco Central por meio da circular n. 3.461/2009, determina, no seu artigo 2º[329], que as Instituições Financeiras realizem a identificação de clientes eventuais ou permanentes, nome completo, filiação, nacionalidade, data e local do nascimento, documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas.

Para as pessoas jurídicas, são exigidos, via de regra, a denominação ou razão social, o número da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o endereço da sede, a atividade principal exercida, o nome e a qualificação dos representantes legais, bem como o nome do controlador ou coligado. Em alguns casos, como na Resolução 1445/2013 do Conselho Federal de Contabilidade, exige-se o beneficiário final, o propósito e a natureza das atividades, bem como a correspondência impressa que formalize a relação comercial.

4.11.2.2 Dever de diligência

Os deveres de diligência representam um acréscimo aos deveres de identificação. Além de conhecer o cliente – *know your client* – e o beneficiário das operações, em alguns casos é necessário que os sujeitos obrigados conheçam a atividade exercida pelo cliente – *know your business* (KYB) –, bem como a finalidade para a realização daquela operação feita com o cliente ou intermediário.

[329] BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular n. 3.461, de 24 de julho de 2009*. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ_3461_v4_P.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Os deveres de diligência não se confundem com os deveres de identificação, pois aqueles visam a "aprofundar os aspectos pessoais e negociais com o cliente"[330]. No dever de identificação, o sujeito obrigado apenas coleta os dados do cliente e os mantém atualizados, ao passo que nos deveres de diligência, há a necessidade de estreitamento do vínculo para a confirmação da veracidade dos dados fornecidos pelo cliente. Além disto, os deveres de diligência implicam a adoção de procedimentos para comprovar o propósito e a índole da relação de negócios, ou seja, qual o objetivo do cliente ao realizar determinadas operações com o sujeito obrigado. Por óbvio que não é possível realizar a diligência sem a identificação do cliente, mas aquele é um dever muito mais específico e rebuscado.

Os deveres de diligência são cumpridos de acordo com o grau de risco que o sujeito e a atividade exercida fornecem. O meio mais idôneo de comprovação da veracidade das informações de identificação fornecidas pelo cliente, bem como do propósito de seus negócios, consiste na visita pessoal à sede da empresa ou local onde a pessoa física exerce as suas atividades, com realização de um relatório por escrito[331]. Em alguns casos, no entanto, estas visitas podem inviabilizar a atividade comercial, de modo que o dever de diligência pode ser suprido com a exigência de documentos hábeis a comprovar as informações descritas pelo cliente, minorando-se as chances de fraude na identificação.

Para o setor de fomento comercial, a Resolução 21/2012 estabelece, no artigo 7º[332], os deveres de diligência, ao estabelecer que o cadastro das pessoas jurídicas deve conter a data de constituição, o número de telefone da sede, o faturamento em cada um dos últimos três anos, telefone fixo e móvel dos sócios, representantes e procuradores para as pessoas jurídicas com baixo risco. Caso o cliente seja uma pessoa considerada com alto risco de cometimento de Lavagem de Capitais, as empresas de fomento comercial devem, segundo a resolução,

---

[330] LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 73.

[331] BLANCO CORDERO, 2015, p. 452.

[332] BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Resolução n. 21, de 20 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas empresas de fomento comercial, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Brasília, 2012a. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-21-de-20-de-dezembro-de-2012-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013>. Acesso em: 20 jun. 2015.

aumentar as exigências, requisitando a cópia do contrato social e do cartão de inscrição no CNPJ, e, ainda, apresentando um relatório de visita à sede que contenha informações sobre o faturamento no ultimo semestre civil, compatibilidade das instalações, quantidade de empregados, capacidade de geração de recebíveis com o faturamento e, ainda, cópias dos documentos de identificação e CPF de todos os sócios, representantes e procuradores, exceto no caso das sociedades anônimas de capital aberto, cujas informações deverão alcançar os controladores, presidente e dirigentes autorizados a praticar atos de gestão que onerem o patrimônio.

Para o setor de joias, pedras e metais preciosos, a Resolução n. 23 do Coaf estabelece o dever de diligência apenas para a operação ou para operações conjuntas que, no prazo de seis meses, ultrapassem cem mil reais. Nestes casos, nos termos do artigo 7º, os sujeitos obrigados devem adotar medidas para compreender a composição acionária e a estrutura de controle dos clientes pessoas jurídicas, com o fito de identificar o beneficiário final.

Na Resolução 24/2012, que regula as pessoas físicas ou jurídicas que exercem serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência não submetidas a órgão específico de controle, há, também no artigo 7º, a previsão de que estes sujeitos obrigados devem, ao seu critério, realizar medidas de diligência para compreenderem a composição acionária e a estrutura de controle dos clientes pessoas jurídicas, com o objetivo de identificar seu beneficiário final.

Para as pessoas politicamente expostas, também há deveres de diligência, nos termos do artigo 2º da Resolução n. 16/2007, em que há a previsão de identificar se as operações são compatíveis com o patrimônio constante nos cadastros, e, ainda, qual a origem dos recursos utilizados nas operações.

A Resolução 1445/2013 do Conselho Federal de Contabilidade também estabelece, nos artigos 6º e 7º os deveres de Diligência. Segundo a normativa sempre que houver dúvida quanto à fidedignidade das informações, os sujeitos obrigados devem realizar diligências. Além disto, é necessária a realização de medidas adequadas para a compreensão da composição acionária e estrutura de controle das empresas.

Nas instituições financeiras, verifica-se que a Circular n. 3.461/2009 também prevê deveres de diligência quando, nos termos do artigo 2º, §5º devem

fazer testes de verificação, com periodicidade máxima de um ano, para verificar se as informações cadastrais dos clientes efetivamente correspondem às atividades realizadas por eles.

Os deveres de diligência não foram expressamente previstos na Lei 9.613/98, apenas em resoluções, demonstrando a falha e atecnia do legislador pátrio. Apenas a título exemplificativo, a Lei 25/2008 de Portugal prevê expressamente os deveres de diligência nos artigos 11 (deveres de diligência simplificados) e 12 (deveres de diligência reforçados)[333]. Na Espanha, os deveres de diligência são extensamente detalhados nos artigos 3º a 16 da Lei 10/2010[334]. Seria recomendável que o legislador pátrio adotasse o procedimento da Espanha e de Portugal para uniformizar e conferir mais segurança jurídica ao tema.

4.11.2.3 Dever de registro

Além das exigências de identificação e, em alguns casos, de diligência em relação aos clientes e beneficiários, o quadro normativo brasileiro prevê a necessidade de registro das operações, sejam estas concretizadas ou meramente propostas. De nada adiantaria conhecer o cliente, estabelecer medidas de diligência quanto à atividade exercida por este e os propósitos da operação firmada, se não houvesse o registro final dos dados importantes da operação, mesmo quando esta não se realize. Por força disto, o artigo 10, II da Lei antilavagem prevê a necessidade dos sujeitos obrigados de registrar as operações, nos termos determinados pelas resoluções.

O registro pode não ser obrigatório para todas as operações realizadas, variando de acordo com o setor da atividade exercida. Basicamente, exige-se a identificação da data da operação, valor bruto, forma de pagamento, recibo de quitação, identificação das situações de pagamento em espécie.

Em alguns casos, exige-se o registro da operação e da análise de risco desta, bem como da decisão de proceder, ou não, à comunicação ao Coaf.

---

[333] PORTUGAL. Lei n. 25/2008, de 5 de junho. Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo [...]. *Diário da República*, Lisboa, 5 jun. 2008. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/449407>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[334] ESPAÑA. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. *Boletín oficial del Estado*, Madrid, 29 abr. 2010. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-6737-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Na Resolução 21/2012, que trata do setor de fomento comercial, observa-se mais exigências de registro, nos termos do artigo 11. Neste caso, deve haver o registro de todas as operações, com a data, o valor bruto, o valor líquido (se houver), a descrição pormenorizada da diferença entre os valores bruto e líquido (se houver), forma de pagamento, comprovante de quitação do pagamento, contendo o meio e a data do pagamento, bem como a identificação do signatário representante e do portador, se for o caso de pagamento em espécie ou por meio de cheque ao portador. Exige-se, ainda, os tipos de títulos, mercadorias, bens ou serviços comercializados, bem como o nome e CPF ou a razão social e CPNJ dos sacados ou contrapartes da operação. Por fim, exige-se o registro sobre a análise do risco da operação e da decisão de comunicar, ou não, ao Coaf.

Para as instituições financeiras, a Circular 3.461/2009[335] do Bacen estabelece, nos artigos 6º a 10 os deveres de registro de operações, com muito mais dados do que os até então listados. Exige-se, por exemplo, os números da agência destinatária, o código de identificação da agência destinatária, CPF ou CPNJ dos beneficiários e dos portadores da operação, entre outros requisitos.

4.11.2.4 Dever de exame

O dever de exame refere-se à análise sobre a suspeição ou não da operação realizada. Trata-se de dever positivado no artigo 11, I da Lei antilavagem e complementado com as resoluções e circulares dos órgãos reguladores específicos. A lei estabeleceu que os agentes devem verificar as operações que apresentem sérios indícios de configurar os crimes previstos na lei, ao passo que as resoluções ampliam o conceito, para estabelecer a obrigação de comunicar operações suspeitas. Ora, operações suspeitas é expressão que possui muito mais amplitude do que a utilizada na lei, pois no texto do artigo 11 há a previsão mais restritiva, referindo-se somente àquelas que apresentem sérios indícios.

Segundo se extrai das resoluções, as operações suspeitas são divididas em duas categorias: aquelas que são consideradas aprioristicamente suspeitas, sendo listadas em um rol formulado previamente pelo Coaf ou órgão regulador próprio, com base nas tipologias de ocorrência de Lavagem de Capitais; e as

[335] BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009.

operações suspeitas não catalogadas, que, embora não sejam previamente exemplificadas, são aquelas que podem ser consideradas suspeitas pelas suas características, pelas partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal. Assim, o conceito de operações suspeitas não é taxativo, mormente porque o crime de Lavagem de Capitais resulta da astúcia e inteligência dos seus executores. Daí a importância de conhecer o mecanismo de funcionamento dos crimes quando do mapeamento de riscos, nos termos já expostos.

Os sujeitos obrigados, listados na Lei, devem consultar as respectivas resoluções para identificar as características das operações suspeitas que devem ser examinadas e comunicadas ao Coaf ou ao órgão regulador próprio.

A detecção da operação suspeita pode ocorrer manualmente, com a análise pessoal do funcionário responsável pelo programa antilavagem na pessoa jurídica (*compliance officer*) ou, ainda, por meio da criação de um sistema de alertas digitalizado, como um software ou programa específico para isto. Em Instituições Financeiras, nas quais o volume de operações é muito elevado, é comum a combinação de ambos os métodos, ou seja, a existência de um sistema de alertas e a análise de um funcionário ou uma equipe de funcionários que encaminha as denúncias para o setor específico antilavagem.

4.11.2.5 Dever de comunicação

O dever de comunicação está intrinsecamente relacionado ao dever de exame. Uma vez que o sujeito obrigado tenha realizado o exame das operações, detectando a existência, ou não, de operações suspeitas, deve comunicar o fato ao Coaf ou ao órgão regulador próprio. Caso haja operação suspeita, nos termos definidos na resolução própria, há o dever de comunicar a ocorrência desta, 24 horas após a ocorrência ou proposição da operação.

Consoante já se assinalou, a reforma da Lei em 2012 trouxe uma novidade, que consiste na comunicação negativa ao Coaf ou ao órgão regulador próprio, que tem lugar quando o sujeito realizou as medidas de identificação, diligência e exame e não encontrou operações suspeitas a serem comunicadas, nos termos preconizados no artigo 11, III da Lei 9.613/98. Trata-se de declaração importante para que o sujeito demonstre que a não declaração não fora fruto de

um esquecimento e sim de um exame apurado das operações e não detecção de suspeição.

A comunicação, quando for ao Coaf, dar-se-á por meio do cadastro do sujeito obrigado no Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf)[336]. Os sujeitos obrigados deverão se cadastrar previamente no sistema, nos termos da Carta Circular n. 01 de 2014 do Coaf[337]. Os sujeitos obrigados deverão se cadastrar em até 90 dias do início das atividades, nos termos estabelecidos pelo artigo 4º da mencionada Resolução.

4.11.2.6 Dever de conservação

A Lei 9.613/98 estabelece, no artigo 10, §2º, o dever dos sujeitos obrigados de conservarem os documentos que comprovem os deveres de identificação, diligência e registro pelo prazo mínimo de cinco anos, que pode ser ampliado pelas resoluções. Em geral, as resoluções mantém esse prazo, com destaque para a circular 3.461/2009 do Bacen que prevê o prazo de conservação de dez anos para algumas hipóteses.

4.11.2.7 Dever de sigilo

As comunicações realizadas ao Coaf ou ao órgão regulador próprio devem ser sigilosas, o que implica a ausência de informação ao cliente, nos termos do artigo 10, V, da Lei n. 9.613/98. Trata-se de um dever óbvio, pois, caso o cliente estivesse realizando a operação de Lavagem, a informação de que o Coaf fora comunicado pode fazer com que se frustrem as tentativas posteriores de investigação e descobrimento dos fatos.

Nada obstante, em que pese não ser possível avisar ao cliente, mantendo-se um dever de sigilo, é recomendável que a empresa torne público

[336] BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Sistema de controle de atividades financeiras*. Brasília, 2014c. Portal de acesso ao sistema. Disponível em: <https://siscoaf.fazenda.gov.br/siscoaf-internet/pages/siscoafInicial.jsf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

[337] Id. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Carta-circular n. 1, de 1. de dezembro de 2014*. Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998. Brasília, 2014b. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>. Acesso em: 27 jun. 2015.

que se adequa às políticas antilavagem de capitais, de modo que todos os que com ela se relacionam saberão, de antemão, da possibilidade de comunicação das operações suspeitas, quando realizadas.

4.11.2.8 Dever de colaboração

No artigo 10, V, da Lei 9.613/98, há a previsão de que os sujeitos obrigados devem atender às recomendações do Coaf, nos termos das resoluções e normativas infralegais. Trata-se do dever de colaboração com a Unidade de Inteligência financeira, atendendo ao que for possível para a elucidação dos fatos e para a prevenção da Lavagem.

4.11.2.9 Dever de recusa

Consoante já se apresentou, o sujeito obrigado deve conhecer o cliente com o qual se relaciona, bem como o outorgante da relação, se houver, e o beneficiário final da operação. Além disto, deve, em alguns casos, realizar medidas de diligência devida para confirmar a veracidade, ou não, das informações fornecidas pelo cliente.

Questão importante surge quando este cliente, ou o seu procurador, nega-se a fornecer as informações ou, embora fornecendo-as, se opõe às medidas de diligência adotadas pelo sujeito obrigado, com o nítido propósito de impedir o conhecimento do cliente, da operação, dos negócios e do beneficiário final da operação. Por certo, esta negativa impedirá os deveres de identificação, diligência, registro, exame e comunicação de operações suspeitas. Nestas situações, surge o questionamento sobre a existência, ou não, do dever do sujeito obrigado de recusar a realização de transações e negócios com o cliente.

A Lei 9.613/98 não disciplina a questão, sendo omissa quanto ao tema. A Lei 25/2008 de Portugal é expressa em afirmar, no seu artigo 13, que todos os sujeitos obrigados devem recusar a realização de operações em todas as situações em que não for facultada a obtenção dos dados para a identificação do cliente, do representante deste, caso exista, beneficiário final da operação, bem como quando não for possível saber sobre a estrutura, a propriedade, o controle do cliente, bem como a natureza, a finalidade da relação do negócio, a origem e o

destino dos fundos. A lei determina, ainda, que, nessas hipóteses, o sujeito obrigado deve verificar se há risco de ocorrência de lavagem de capitais e, havendo, deve informar ao órgão competente. Na Espanha, a Lei 10/2010 disciplina, igualmente, a temática, no artigo 7º, 3, no qual se prevê que os sujeitos obrigados não estabelecerão relações de negócio nem executarão operações quando não seja possível a realização das medidas de diligência devida. Além disto, os sujeitos deverão, nesta hipótese, verificar se o caso se encaixa nas hipóteses de situações suspeitas que merecem exame e informação ao órgão próprio, nos termos do artigo 17.

No Brasil, consoante já se destacou, a Lei não disciplinou o dever de recusa, em que pese alguns atos normativos inferiores versem sobre a temática.

As Resoluções 06/1999, 07/1999, 08/1999 e 10/2001, todas do Coaf, não disciplinam o dever de recusa, limitando-se a considerar operações suspeitas aquelas em que há a comunicação falsa ou que o cliente não fornece as informações adequadas ou, ainda, dificulta os deveres de diligência. Percebe-se, claramente, que não houve esquecimento neste ponto, uma vez que estas operações foram disciplinadas apenas como suspeitas, e não como operações proibidas.

As Resoluções mais recentes do Coaf, quais sejam, 21/2012, 23/2012, 24/2013 e 25/2013 também consideram as situações descritas como suspeitas, inovando em relação às antigas resoluções ao prever que, nestes casos, os sujeitos obrigados devem avaliar a conveniência, ou não de realizar a operação. Nesta hipótese, também não se verificou uma proibição de realizar a operação nestas circunstâncias, deixando-se ao crivo dos sujeitos a conveniência de realiza-la ou não, desde que se comunique ao Coaf.

A Resolução 1.445/2013, do Conselho Federal de Contabilidade[338], nos termos do artigo 7º parágrafo único, que fica a critério do sujeito obrigado, por conveniência, a realização de operações quando não for possível o cumprimento dos deveres de identificação e diligência, da mesma forma que as resoluções descritas no parágrafo anterior. No artigo 9º, inciso VII, a resolução prevê que a

[338] BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Resolução CFC n. 1.445/13. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. *Diário oficial da União*, Brasília, 30 jul. 2013b. Disponível em: <http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2013/001445>. Acesso em: 26 jun. 2015.

suspeição das operações nesta hipótese, impondo o dever de comunicação.

A Portaria nº 537[339], de 05 de novembro de 2013, do Ministério da Fazenda, que trata dos sujeitos obrigados que exercem atividade de loteria, de igual forma, dispõe, no artigo 4º, parágrafo único, que o sujeito obrigado deve avaliar a conveniência de realizar ou manter a operação quando não for possível identificar o beneficiário final. No artigo 6º, inciso V, considera-se operação suspeita aquela em que há resistência, por parte do cliente ou demais envolvidos, de apresentar os dados necessários ao dever de identificação, ou quando se impuser dificuldades aos deveres de diligência.

A Resolução Nº 1.902 do Conselho Federal de Economia[340] também não prevê o dever de recusa, limitando-se a seguir o padrão das resoluções anteriores, qual seja, deixar a cargo do sujeito obrigado a conveniência da realização ou continuação da operação (artigo 5º, parágrafo único), que passa a ser considerada suspeita (artigo 3º, VII). A Resolução do Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI)[341], segue a mesma linha, nos termos do artigo 6º parágrafo único,

A Circular n. 445/2012[342] da Superintendência de Seguros Privados também não disciplina dever de recusa. Com base nisso, a declaração para pagamento de indenização do Seguro Danos Pessoais Causados por Veículos

---

[339] BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 537, de 05 de novembro de 2013. Estabelece procedimentos a serem adotados por sociedades que distribuam dinheiro ou bens mediante exploração de loterias disciplinadas pelo Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, para fins de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financia- mento do terrorismo, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2013f. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2013/portaria-no-537-de-05-de-novembro-de-2013-1>. Acesso em: 26 jun. 2015.

[340] Id. Conselho Federal de Economia. *Resolução n. 1.902, de 2013*. Define as obrigações das pessoas físicas e das pessoas jurídicas que exploram atividade de economia e finanças, em razão dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2013c. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/dmdocuments/Atos-Normativos/Res/2013/Res-2013%2816%29.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[341] Id. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. *Resolução COFECI n. 1.336/2014*. Altera a Resolução COFECI nº 1.168/2010 em conformidade com a nova redação da Lei 9.613/98 em face da edição da Lei 12.683/12. Brasília, 2014a. Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/arquivos/legislacao/2014/resolucao1336_2014.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[342] Id. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 445, de 2 de julho de 2012*. Dispõe sobre os controles internos específicos para a prevenção e combate dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, ou os crimes que com eles possam relacionar-se, o acompanhamento das operações realizadas e as propostas de operações com pessoas politicamente expostas, bem como a prevenção e coibição do financiamento ao terrorismo. Rio de Janeiro, 2012b. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgfis/coesp/circ445.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

Automotores de Via Terrestre (DPVAT) estabelece, expressamente, que “a recusa em fornecer as informações e documentos requisitados no formulário não impede o pagamento da indenização do Seguro DPVAT”, sendo a recusa passível de comunicação ao Coaf[343].

A Instrução Normativa Drei nº 24, de 2014, que deve ser observada pelas Juntas Comerciais é omissa sobre o assunto[344], do mesmo modo que a Instrução Normativa 117/2005 da Agência Nacional de Saúde.

De todas as circulares, instruções e resoluções que disciplinam o tema, apenas a Circular n. 3.451/2009 do Bacen[345] e a Instrução 18 de 2015 da Superintendência Nacional de Previdência Complementar tratam do dever de recusa. A Circular do Bacen determina, artigo 5º, que as relações e negócios com os clientes só podem ser iniciados ou continuados após o cumprimento das obrigações de identificação e diligência. Por seu turno, a Instrução n. 18 estabelece, no artigo 5º, parágrafo 6º a proibição de iniciar uma relação ou realizar uma transação quando não for possível a completa identificação do cliente ou da contraparte.

Observa-se, por conseguinte, diante do quadro normativo exposto, que, no Brasil, a regra é que os sujeitos obrigados não devem impedir ou recusar a realização de operações em que não há a possibilidade de realização da identificação ou diligência devida, e sim comunicar ao Coaf ou ao órgão regulador próprio para que este tome as providências devidas na prevenção e repressão da conduta.

No sentido exposto, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, tratando do possível enquadramento do advogado como sujeito obrigado, assinalam que “os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam

---

[343] SEGURADORA LÍDER-DPVAT. *Declaração*: Circular Susep n. 445/12, prevenção à lavagem de dinheiro. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://www.dpvatsegurodotransito.com.br/static/documentos/declaracao_procurador_circular_SUSEP.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[344] BRASIL. Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução normativa DREI n. 24, de 4 de junho de 2014. Dispõe sobre o procedimento a ser adotado no âmbito das Juntas Comerciais para o cumprimento do disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. *Diário oficial da União*, Brasília, 6 jun. 2014d. Disponível em: <http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/in242014a.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

[345] BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009.

dever específico de evitar o resultado"[346]. Na mesma linha de intelecção, Carlos Fernando de Santos Lima assinala que o dever de recusa não está genericamente previsto na lei brasileira, com exceção da Resolução do Bacen, já mencionada. O autor vai além e afirma que se trata de uma solução "adequada ao nosso sistema de prevenção", pois, em muitos casos, para a detecção de elementos que corroborem a responsabilidade criminal, é "mais interessante a continuidade da operação, sob controle as autoridades (ação controlada), que a mera interrupção desta"[347].

Desta forma, caso o sujeito opte por realizar a operação sem a identificação adequada e sem a realização dos deveres de diligência, não haverá possibilidade de responsabilização administrativa, desde que tal fato seja comunicado ao Coaf ou ao órgão regulador próprio. A ausência de dever de recusa, na maioria dos casos, será imprescindível para que se avalie a posição de garante dos sujeitos obrigados na Lei de Lavagem de Capitais, nos termos que serão oportunamente discutidos no próximo capítulo.

4.11.2.10 Dever de abstenção

O dever de abstenção consiste na interrupção da relação de negócios com o cliente, quando o sujeito obrigado detectar indícios da ocorrência do crime de Lavagem de Capitais[348]. Difere-se do dever de recusa pois, neste, o sujeito obrigado não inicia a relação com o cliente, porque não estão presentes ou não foram fornecidos os elementos idôneos à identificação, tampouco fora propiciado o exercício do dever de diligência, ao passo que no dever de abstenção, a relação negocial já existe e, durante a sua realização, foram detectados indícios da prática de Lavagem de Capitais. Outro ponto pertinente diz respeito ao fato de que no dever de recusa, não há, necessariamente, indício do cometimento de crime, apenas suspeição em virtude da posição do cliente de negar ou dificultar os deveres de identificação ou diligência, ou da ocorrência de outras hipóteses de suspeição presentes nos regulamentos, ao passo que, no dever de abstenção, já

[346] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 13-14, ago. 2012, p. 14.
[347] LIMA, 2010, p. 75.
[348] BLANCO CORDERO, 2015, p. 469.

há indícios da prática do crime e não mera suspeição da operação. São deveres distintos, portanto.

Um ponto importante sobre o marco legal Brasileiro diz respeito à existência, ou não, de dever de abstenção. A Lei 9.613/98 não disciplina claramente a temática. As resoluções, circulares e instruções normativas, por seu turno, também são omissas quanto ao tema. Aqui, da mesma forma que em relação ao dever de recusa, a Lei brasileira poderia ter tratado desta questão, seja para afastar ou impor o dever de abstenção, neste último caso como fizeram a Lei Portuguesa (artigo 17) e a Lei Espanhola (artigo 19). Em ambas, há a previsão de que os sujeitos obrigados devem, em princípio, se abster de executar operações que saibam ou suspeitem estar relacionadas com a Lavagem, comunicando o fato ao Procurador Geral da República. No entanto, nos dois casos, é possível que, por recomendação do Procurador Geral e da Unidade de Inteligência financeira, a continuação da operação seja conveniente, para não frustrar os interesses de prevenção e futura repressão ao crime. Em outros termos, mesmo que se saiba que a operação tem indícios da ocorrência de Lavagem, o sujeito obrigado continuará exercendo-a para auxiliar no conjunto probatório e nas investigações relacionadas ao crime.

No Brasil, a Lei não disciplina expressamente, mas, por força da redação do tipo penal, permanece a dúvida sobre a existência, ou não, do dever de abstenção.

Com efeito, consoante já se discorreu, a Lei brasileira criminaliza todas as fases do crime de Lavagem de Capitais, incriminando a reintegração do capital com aparência lícita ao circuito econômico formal, após as fases de ocultação e dissimulação. Incrimina, outrossim, a utilização da economia como meio para a ocultação ou dissimulação.

É o que se extrai da previsão do artigo 1º, §1º, II e do artigo 1º, §2º, I. Consoante estabelece o artigo 1º, §1º, II, comete crime de Lavagem de Capitais aquele que adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere bens, direitos ou valores oriundos de infração penal com o objetivo de ocultar ou dissimular a utilização destes.

O artigo 1º, §2º, I estabelece que comete o delito aquele que utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens oriundos de infração penal, representando a incriminação da última fase da Lavagem.

Sendo assim, caso o sujeito obrigado se depare com indícios da prática de Lavagem – que, repita-se, são muito mais específicos do que operações suspeitas, pois, neste caso, não há a mera suspeição de uma atividade que é comumente usada para a Lavagem, e sim de outros elementos que apontam o indício da ocorrência deste crime – deve se abster de manter relação negocial com aquela parte? Ou, ao revés, deve, somente, notificar ao Coaf ou ao órgão regulador próprio a existência da operação, ficando ao seu critério pessoal a opção por interromper a prática da atividade?

Trata-se de questão controvertida. Entende-se que, no momento, não estão postos os argumentos aptos a justificar a tomada de posição, pois isto dependerá da apresentação de outros assuntos, como as consequências do *compliance* para a responsabilidade criminal, bem como de elementos básicos de dogmática. Voltar-se-á a tratar disto de forma mais aprofundada, quando do estudo da violação aos deveres de *compliance* e implicações a responsabilidade penal individual. Nada obstante, no momento, apenas para não restar lacunas no texto, deve-se adiantar que, como a Lei Brasileira não previu o dever de abstenção, e, ainda, como os tipos penais aqui previstos exigem, segundo já se discorreu no item 3.2.3.1, o dolo direto de praticar o crime, ou seja, a ciência efetiva que se trata de bem de origem criminosa e a consciência e vontade de realizar os atos tendentes a promover a Lavagem de capitais, a continuação das atividades, desde que regularmente comunicada ao Coaf ou órgão específico, não redundará em responsabilidade administrativa e/ou penal do sujeito obrigado.

Em primeiro lugar porque, caso o sujeito obrigado detecte a atividade e a comunique efetivamente ao órgão próprio, estará realizando a sua atividade nos limites do risco permitido pelo Ordenamento, que lhe determina apenas a comunicação e não a abstenção do ato. Os deveres de *compliance*, consoante se discorrerá, tem o condão de apontar os limites entre o risco permitido e o risco proibido, servindo como meios para garantir mais segurança jurídica na atividade.

Além disto, é de se assinalar que o sujeito que examina a atividade e comunica o fato ao órgão regulador ou ao Coaf, a depender do caso, ainda que realizasse o tipo objetivo – premissa que se discorda – não concretizaria o tipo subjetivo, uma vez que, segundo se entende, este exige a presença do elemento subjetivo especial consistente na intenção de “lavar” o capital, de modo que esta intenção é absolutamente incompatível com a comunicação dos fatos à

autoridade competente.

Caso a lei brasileira previsse o dever de abstenção e, ainda, houvesse a previsão do dolo eventual ou da modalidade culposa, como no sistema Espanhol, poder-se-ia investigar uma responsabilidade por culpa, desde que preenchidos os requisitos, que serão doravante tratados.

Diferente é a questão do sujeito que identifica a operação com indícios de Lavagem, não se abstém, tampouco comunica ao Coaf. Este sujeito, sem quaisquer dúvidas, terá responsabilidade administrativa, e será necessário perquirir se subsiste responsabilidade penal, o que se fará no momento oportuno.

4.11.3 Formação e treinamento de funcionários (dever de formação)

Outro dever importante que se extrai da Lei é referente à formação dos funcionários. Os sujeitos obrigados devem promover treinamentos com seus funcionários, divulgando a política antilavagem de capitais e promovendo o conhecimento dos procedimentos idôneos a atingir as obrigações legais impostas e o escopo de proteção da lei. O dever de formação é extraído da obrigação prevista no artigo 10, III, que determina ser obrigação dos sujeitos listados na lei a adoção de políticas e procedimentos de controle internos compatíveis com o seu porte para atender à política antilavagem.

4.11.4 Designação de um *compliance officer*

A nomeação do *compliance officer* é requisito exigido pela Carta Circular n. 1 de 2014 do Coaf. No artigo 3º, há a expressa previsão de que os sujeitos obrigados designarão um administrador que responderá, junto ao Coaf, pelo cumprimento das obrigações previstas. Há, ainda, a previsão de que o administrador indique um funcionário subordinado que poderá manusear o sistema Siscoaf, sob responsabilidade daquele administrador.

Assim, o programa de cumprimento voltado à política antivalagem deve ter um responsável, em que pese deva ser difundido na empresa que colaborar com a política é obrigação e dever de todos que fazem parte dela.

4.11.5 Outros requisitos

Além de todos os requisitos listados, a eficácia de um programa de *compliance* voltado à política estatal antilavagem de Capitais depende da adaptação dos outros requisitos genéricos às particularidades do crime de Lavagem, expostos no início do capítulo. Neste sentido, é imprescindível que, além do mapeamento de riscos, adoção de procedimentos escritos nos termos da Lei antilavagem e das resoluções, formação e treinamento dos funcionários e da designação do responsável pelo programa de *compliance*, os sujeitos obrigados criem um canal de denúncia interno e externo para auxiliar no exame das operações suspeitas de lavagem, com a respectiva proteção aos denunciantes, que haja procedimentos sancionatórios aos funcionários que descumpram a política antilavagem. É de total relevância que haja, outrossim, o comprometimento da alta gestão com a mitigação do crime e, por fim, que o programa esteja em constante análise e monitoramento, notadamente porque as resoluções podem mudar e porque a forma de realização do crime é volátil, em virtude da astúcia e inteligência humana voltadas ao cometimento deste.

Este é o resumo do quadro normativo brasileiro que determina a autorregulação de determinadas pessoas físicas e jurídicas, de setores diversos da economia, para contribuir com a prevenção dos crimes de Lavagem de Capitais. As consequências desses deveres administrativos no plano da repressão criminal serão avaliadas no próximo capítulo, que diz respeito à responsabilidade por omissão em relação aos programas *compliance*. Neste particular, será analisado se há consequências penais no caso da omissão de organização e autorregulação regulada da atividade exercida.

4.12 A ESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ANTICORRUPÇÃO

Os requisitos genéricos para a estruturação de *compliance* foram expostos detalhadamente no início do capítulo. Nesta oportunidade, tal como se fez quando se abordou a Lei antilavagem, serão feitas considerações sobre as peculiaridades do programa de *compliance* para o cumprimento da política anticorrupção.

Neste sentido, é de se afirmar que um programa adequado de *compliance* deve contemplar o adequado mapeamento de risco a que a sociedade está sujeita, levando-se em consideração a atividade realizada e o nível de interação com o governo. Além disto, o programa deve conter políticas e procedimentos escritos relacionados às condutas a serem adotadas para mitigar os riscos previamente estabelecidos no mapeamento de riscos. É de se afirmar, outrossim, que deve haver uma investigação interna especificamente estruturada para a corrupção, tendo em vista que a colaboração com o poder público é crucial para a celebração do acordo de leniência e para mitigar as consequências de eventual procedimento administrativo de responsabilização.

É importante salientar que os demais requisitos listados no começo do capítulo devem ser observados, mas, quanto a estes, a moldura geral apresentada não merece maiores acréscimos, de modo que passará a expor as análises sobre os três pontos anteriormente citados. É de se afirmar, outrossim, que, após a promulgação da Lei Anticorrupção no Brasil, as pessoas jurídicas que queiram se certificar sobre a eficácia do seu programa de *compliance* podem se submeter ao reconhecimento Empresa Pro-ética, que consiste na avaliação dos programas implementados pela sociedade e criação de lista de sociedades limpas[349].

4.12.1 Mapeamento de riscos

O mapeamento de riscos de corrupção a que a sociedade está exposta deve ser realizado com a análise da legislação a que esta se encontra sujeita, bem como ao entendimento jurisprudencial sobre esta legislação. É importante, outrossim, que se observe o tipo de negócio e o local onde este é realizado, para que seja possível a compreensão adequada de quais os riscos e de qual o grau destes.

Conforme visto anteriormente, a Lei anticorrupção no Brasil traz um conceito abrangente sobre os ilícitos que visa a prevenir, relacionados com o crime de corrupção ativa e passiva, bem como a crimes de fraude ou deturpação

[349] BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *Empresa pró-ética*. Brasília, 2016c. Página informativa. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 26 dez. 2016.

do procedimento de licitações. É imprescindível que a pessoa jurídica compreenda adequadamente estes delitos e a forma pelo qual são cometidos, para que haja a percepção do risco a que se encontra sujeita.

Outro ponto relevante é a análise do grau de interação com o poder público. No Brasil, em que há a interferência do Estado em diversos setores, é muito provável que pessoas jurídicas, por mais basilar que seja o ramo, necessitem, ao menos, de autorizações, permissões e licenças do Estado para o exercício das suas atividades, bem como estejam sujeitas a fiscalização do pagamento dos tributos e, consequentemente, visita de agentes fazendários. Em setores mais regulamentados, o nível de interrelação com o Estado é ainda maior, podendo haver, por exemplo, contratação com este, casos em que o risco será, por via de consequência, elevado.

A obra do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, destinada a pessoas jurídicas de direito privado, pode ser um excelente guia para este mapeamento de riscos específico para o programa de *compliance* anticorrupção.

Na mencionada obra, são apresentados alguns pontos chave que representam risco de prática de atos lesivos nos termos do artigo 5º da Lei Anticorrupção. Segundo a referida obra, são situações clássicas de risco para as sociedades as seguintes: participação em licitações e execução de contratos administrativos, nas quais há a exposição à ocorrência de fraudes, corrupção de funcionários públicos bem como a condutas de superfaturamento de bens; obtenção de licenças e autorizações, que também favorece o risco à corrupção, por se tratarem de situações em que há o impulso de oferecer vantagem para acelerar o processo ou de ceder a pedidos de funcionários públicos; o contato com funcionários em situações de fiscalização, no qual também pode existir o risco de oferecimento, entrega ou promessa de vantagem ilícita; a contratação de funcionários públicos, que pode esconder o pagamento de propina ou, ainda, demonstrar a intenção de obter tratamento ou informações privilegiadas; contratação de ex-funcionários públicos, que podem servir para o pagamento de vantagens ilícitas prometidas à época em que o sujeito ainda atuava no setor público; contratação de terceiros, que podem se sentir pressionados ou, até mesmo, querer atingir metas intangíveis por meio do pagamento, oferecimento ou promessa de vantagens indevidas a funcionários públicos; e, por fim, nos casos

de oferecimento de patrocínios e doações bem como de hospitalidades, brindes e presentes a agentes públicos, que devem ter regras específicas, para não demonstrarem a intenção do pagamento de vantagens ilícitas.

Mona Clayton, em artigo específico sobre a temática[350], apresenta quais são as áreas sensíveis para o *compliance* anticorrupção, detalhando ainda mais os pontos chave mencionados na obra do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. Segundo a autora, as áreas que serão tratadas nos parágrafos seguintes são áreas ao *compliance*, tendo que analisar o risco presente nas suas atividades.

Em primeiro lugar, cita a autora as transações de vendas, notadamente as que envolvem sociedades estatais *lato sensu*, tendo em vista que, nestes casos, haverá a contratação com uma pessoa jurídica que possui capital público, havendo submissão a algumas das regras de Direito Público.

Há, ainda, o já mencionado caso de obtenção de licenças, autorizações, permissões ou qualquer grau de aprovação do poder público, notadamente quando há a utilização de terceiros facilitadores, os chamados despachantes, que podem adotar práticas corruptas para facilitação ou agilização nas licenças, conduta esta que, em que pese seja permitida pelo FCPA, é proibida no Brasil, configurando o delito de corrupção. Deve haver esse cuidado não só na obtenção de aprovações diretamente pelo poder público, mas, também, quando da utilização de concessionários dos serviços públicos para a obtenção de documentos essenciais ao negócio, a exemplo de cartórios de notas e de registro de imóveis, que, em muitos Estados, são administrados por particulares.

Cite-se, ainda com escólio na autora, os casos de contabilidade e pagamento e/ou negociação de tributos, em que há a necessária participação de agentes do Estado, aumentando os riscos de relações corruptas.

É de se apontar, outrossim, que as pessoas jurídicas que realizam doações eleitorais e doações a outras entidades de caridade, bem como ações de patrocínio e marketing em determinados eventos, devem atentar para os procedimentos de verificação e diligência das pessoas beneficiárias, bem como ao modo que o procedimento é realizado, buscando-se evitar que a doação sirva

[350] CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 160.

de instrumento para a obtenção de benefícios ilegais. No caso de presentes e entretenimento para agentes públicos, a empresa deve verificar suas políticas, para que não sejam configurados atos corruptos por meio desses benefícios.

Outro ponto que merece destaque são os casos de fusões e aquisições, em que deve ser realizada a necessária diligência da pessoa jurídica a ser adquirida, uma vez que, nos termos da lei, a responsabilidade administrativa subiste nestes casos. É de se analisar, portanto, os procedimentos que a empresa a ser adquirida realizava e o histórico destes, para observar a presença, ou não, de irregularidades e atos de corrupção.

As transações com bancos de desenvolvimento, que são aqueles que apresentam taxas de juros menores como forma de incentivar as economias emergentes, também devem ser observadas, sobretudo quando forem utilizados terceiros para auxiliar nos trâmites.

Em resumo, levando-se em consideração o conceito amplo de danos à administração pública que a Lei traz, envolvendo, são situações de risco todas aquelas em que a pessoa jurídica, seus presentantes agindo em seu nome, ou terceiros se relacionam com o poder público, em maior ou menor grau, podendo haver conflito de interesses, desvios, fraudes e pagamento de vantagens indevidas.

4.12.2 Políticas e procedimentos escritos

Com base nas situações listadas acima, é possível realizar procedimentos escritos sobre políticas e padrões de conduta que mitiguem a ocorrência de atos de corrupção e demais lesivos à administração pública e demonstrem a organização adequada da pessoa jurídica. É fundamental, neste sentido, que o documento máximo de *compliance* da pessoa jurídica, o Código de Conduta, já apresente o compromisso e a missão da empresa na prevenção e afastamento dos atos dirigidos a causar dano à Administração Pública.

Da mesma forma, os procedimentos escritos que devem ser adotados pela empresa e demais terceiros, na realização das condutas que envolvem riscos, devem ser pensados de forma a mitigar as chances de ocorrência do resultado lesivo.

Neste sentido, em primeiro lugar, é preciso que a pessoa jurídica deixe

consignado por escrito e dissemine entre os seus funcionários e membros da alta administração que não são tolerados o pagamento de quaisquer vantagens a funcionários públicos ou terceiros com estes relacionados para a obtenção de negócios, contratos ou quaisquer outros benefícios. Trata-se da versão mais clara e basilar de corrupção, que deve ser difundida na pessoa jurídica, para que se demonstre a não aceitação e/ou conivência com essas práticas. Não é suficiente, no entanto, deixar consignado por escrito, ou disseminar aos funcionários, devendo-se estabelecer metas de atividades razoáveis que possam ser realizadas sem a interferência no funcionalismo público com a obtenção de vantagens. Não adianta a empresa mostrar-se, formalmente, contrária a tais práticas e exigir dos seus funcionários a realização de tarefas em tempo recorde, que dependerão de um esforço ou oferecimento de vantagem.

É crucial, outrossim, que haja a formalização de padrões de conduta para a atuação em licitações e concessões públicas, que devem ratificar o quanto dito no parágrafo anterior e prever outras vedações a condutas que configuram violações específicas realizadas nestes casos, como o cartel de empresas e a confecção direta de editais por membros da pessoa jurídica, em prática que, nitidamente, afeta a concorrência.

No que tange aos procedimentos adotados para a concessão de brindes e presentes para agentes públicos e/ou pessoas do seu convívio[351], deve haver um padrão de conduta a ser adotado, descrevendo quais os limites para a realização destes. No Brasil, o Código de Conduta da Alta Administração Federal[352] fornece subsídios para a fixação dos parâmetros aceitos, ao estabelecer, no artigo 9º, que brindes que não possuam valor comercial, bem como aqueles distribuídos por entidades a título de cortesia, propaganda, divulgação ou por ocasião de eventos e datas comemorativas, que não ultrapassem a quantia de cem reais, não estão proibidos. Além disto, é imprescindível a exigência de transparência no processo de aprovação e concessão desses brindes, bem como da necessidade de registro dos presentes e cortesias em documentos de controles internos escritos.

---

[351] Neste sentido, cf. CLAYTON, 2013, p. 161.

[352] BRASIL. Código de conduta da alta administração federal. In: _____. Casa Civil da Presidência da República. Exposição de motivos n. 37, de 18 de agosto de 2000. *Diário oficial da União*, Brasília, 22 ago. 2000a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm>. Acesso em: 3 jul. 2015.

Além dos brindes aos agentes públicos e/ou pessoas do convívio, devem ser analisadas e padronizadas outras situações de presentes que podem gerar conflitos de interesse, notadamente em relação a terceiros que possuam influência no meio político. Presentes e brindes para estes terceiros podem gerar situações de benefício indireto para agentes públicos, o que também é proibido nos termos da lei.

No que tange às doações a partidos políticos ou a entidades filantrópicas e ONGs, a autora defende que devem existir padrões de conduta que denotem a cautela da empresa em evitar situações de corrupção e conflitos de interesses. Os casos de doações eleitorais não merecem destaque atualmente, já que se trata de conduta proibida para as pessoas jurídicas, no Brasil, após a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADIN 4650[353]. Assim, as pessoas jurídicas devem incluir nos seus códigos a proibição de doações eleitorais. Na doação a entidades filantrópicas e ONGs, além de justificar o porquê da escolha da entidade beneficiada, relacionando as atividades desta com os interesses da pessoa jurídica, é imprescindível que se realize a diligência para conhecer, de forma adequada, as atividades da pessoa beneficiada. Segundo Mona Clayton, algumas questões são imprescindíveis neste tópico, como os controles que garantam a transparência dos registros dos contratos de doação e das características desta, tais como o valor, qualificação do donatário, condições de pagamento, forma do pagamento (direta ou indireta, espécie, depósito bancário, etc.)[354]. Devem ser vistos com cautelas as doações efetuadas a terceiros e não diretamente ao beneficiário, porque, nestes casos, é comum que funcionários públicos peçam vantagens indevidas com a utilização destes terceiros[355].

A pessoa jurídica que aporte capitais ou outros benefícios a terceiros a título de patrocínio também deve observar as cautelas descritas no parágrafo anterior, como a realização de diligência sobre o beneficiário, para conhecer melhor suas atividades, critérios transparentes para determinar a escolha de patrocinadores, bem como da formalização e registro das características do

---

[353] STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais. *Notícias STF*, Brasília, 17 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[354] CLAYTON, 2013, p. 164.

[355] Ibid., p. 162.

contrato de patrocínio efetuado[356].

As licenças e autorizações devem merecer atenção destacada, porque, nestes casos, é comum a existência de pagamentos de facilitação, que, consoante já exaustivamente ressaltado, constituem crime no Brasil. Assim, é imprescindível que haja um controle sobre as licenças que a pessoa jurídica precisa obter para a realização das suas atividades, o valor destas licenças, prazo para a obtenção. Quando houver a contratação de terceiros para diligenciar o processo, os famosos despachantes, é preciso que haja a indicação dos padrões adotados, notadamente na escolha do profissional, na formalização do contrato, indicando a função deste, os limites da atuação em nome da pessoa jurídica, os valores e despesas pagos, com as respectivas justificativas. Recomenda-se que não haja reembolso de despesas extras sem a justificativa formal. Além disto, todo este procedimento deve estar registrado e ser submetido ao controle e aceitação pelas instâncias formais superiores da pessoa jurídica[357].

É necessário, também, que a pessoa jurídica fixe padrões *due diligence* para as chamadas "terceiras partes", que envolvem as situações de contratação de terceiros ou de eventuais associações com outras pessoas para a realização de determinados negócios (*joint ventures*) ou, ainda, os casos de fusão e aquisição. Consoante assinala Adan Nieto Martin[358], os procedimentos de *due diligence* nestes casos podem adotar as práticas de conheça seu cliente e conheça seu negócio (KYC e KNB, respectivamente), tratadas nos deveres de identificação e diligência da Lavagem de Capitais para o qual remetemos o leitor.

Os elementos para a implementação de programas adequados de a *compliance* para evitar riscos anticorrupção e antilavagem de capitais servirão de base para delimitar a inobservância dos referidos deveres, que será fundamental para discutir a existência, ou não, de responsabilidade penal a título de omissão, nos termos que serão doravante expostos.

---

[356] CLAYTON, 2013, p. 164.
[357] Ibid., p. 162.
[358] NIETO MARTÍN, Adán. La prevención de la corrupción. In: _____ (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 359.

5 AS REPERCUSSÕES DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO DIREITO PENAL REPRESSIVO

Neste ponto da tese, após cumpridos os objetivos específicos relacionados às premissas para o conceito, histórico, características, desenvolvimento da autorregulação regulada e dos programas de *compliance*, interface destes com o Direito Penal Econômico, bem como análise dos requisitos para a eficácia destes, e estudo da temática no Ordenamento Jurídico pátrio, é chegado o momento de avançar para tratar das discussões doutrinárias sobre a repercussão destas previsões de cunho preventivo em matéria de Direito Penal Repressivo. Este ponto será importante para avaliar se, e em que medida, a inobservância dos deveres relacionados aos programas de *compliance* tem condão de gerar responsabilidade penal a título de omissão, problema central desta tese. Assim, é imprescindível a revisão bibliográfica sobre estas discussões doutrinárias, nos termos que serão expostos abaixo.

Ulrich SIeber, baseado no ordenamento jurídico alemão, mais especificamente no §130 da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG) (Lei de Contravenções Penais alemã) considera que os programas de *compliance* repercutem na posição de garante dos dirigentes da empresa no que concerne aos delitos cometidos por seus subordinados, "servindo os programas de base para a aferição do desvio de cuidado objetivo dos dirigentes"[359]. Além disto, assinala Ulrich SIeber que os programas de *compliance*, por permitirem a delimitação do risco permitido tanto nos crimes dolosos – acordo ou consentimento quanto ao risco – quanto nos crimes culposos – delimitação do cuidado exigido, com critérios relevantes para as "práticas gerais da circulação". Desta forma, o autor assevera que quando as diretrizes dos programas de *compliance* permitirem a atuação no limite do risco permitido, com o "necessário para a evitação do perigo"[360], tratar-se-á de uma situação de não realização do tipo objetivo, pela atuação conforme o risco aceito e permitido.

Esta perspectiva adotada por Ulrich Sieber é também vislumbrada por

[359] SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013b, p. 307.

[360] Ibid., p. 306-307.

Adán Nieto Martín, que assinala que os programas de *compliance* trazem segurança jurídica para os crimes culposos, no sentido de fixarem os riscos permitidos do negócio[361], bem como trazem parâmetros para a definição de alguns delitos dolosos, a exemplo da administração desleal. Além disto, o autor assinala que a auto-organização em *compliance* torna o Direito Penal Mais democrático, na medida em que a elaboração dos riscos é formulada à luz de uma perspectiva pluralista, com a participação de setores da sociedade civil (ONGs, sindicatos, associações de defesa dos consumidores e vítimas) que influenciam na elaboração das diretrizes gerais do programa de *compliance*.

Nada obstante, em que pese a fixação dos limites do risco permitido, essenciais para a definição e configuração dos crimes dolosos e culposos, os deveres de *compliance impactam o Direito Penal repressivo em outra perspectiva, relativa à possível expansão de responsabilidade criminal*.

Segundo Giovani Agostini Saavedra, o aparecimento do *compliance* ocasiona um paradoxo, pois, conquanto seja possível perceber que há um nítido esforço no sentido da prevenção da responsabilidade penal, a exigência e a concretização aumentam as chances de responsabilização, pois permitem a criação de ”condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal”[362], seja com a criação dos *compliance officers*, seja com os deveres de supervisão criados para a alta administração da sociedade aumentando, assim, riscos de persecução penal para os sujeitos relacionados à gestão e ao programa de *compliance*.

Renato de Mello Jorge e Silveira e Eduardo Saad-Diniz seguem a mesma linha de raciocínio, ao assinalar que os programas de *compliance*, ao passo que buscam a redução da responsabilidade, ao construir padrões de comportamento e vínculos de confiança entre a “burocracia administrativa e a gestão negocial”, redundam por “antecipar a própria responsabilidade, prenunciando o sentido de relevância jurídico-penal de determinadas condutas”[363].

Bernardo Feijoo Sánchez afirma que a autorregulação regulada da empresa trouxe novos tipos de obrigações jurídicas aos superiores hierárquicos,

---

[361] NIETO MARTÍN, 2008b, p. 140.

[362] SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, ago./set. 2012, p. 3.

[363] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 25, p. 591-626, 2013, p. 606.

os quais passaram a ter o dever de organizar a sociedade adequadamente, para que não haja lacunas de informação em relação aos inferiores hierárquicos[364]. Os superiores devem se preocupar em evitar os "perigos organizativos", com a criação de uma estrutura de comunicação e coordenação idônea a evitar as falhas[365]. Estes novos deveres, na premissa do autor, produzem a extensão dos casos de responsabilidade penal por omissão imprópria ("comisión por omision"), notadamente nos casos imprudentes[366].

Adán Nieto Martín adota linha de raciocínio semelhante à esposada por Sieber, ao afirmar que a autorregulação tem efeitos sobre a aparição de deveres de garantia em relação aos gestores de entes coletivos, o que ampliaria a discussão nos crimes omissivos do gestor da pessoa jurídica[367].

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz assinalam que os programas de *compliance* podem ensejar a construção de uma responsabilidade criminal "pela simples infração do dever que pressupõe conhecimentos abstratos"[368], permitindo-se a imputação além dos conhecimentos concretos verificados pelo agente na situação sob análise. Deste modo, advertem os autores que, mais do que nunca, é necessário cuidado e cautela com a correta utilização dos conceitos dogmáticos de infração de dever e dos crimes especiais[369] para a construção de barreiras limitativas para a contenção do arbítrio do Estado[370].

Dentre todas as perspectivas analisadas nesta revisão bibliográfica, destaca-se aquela que foi esposada de maneira exaustiva por Juan Antonio Lascuraín Sánchez. O referido autor, ao tratar da responsabilidade individual pelos delitos de "empresa" [sic] assevera que o Programa de *Compliance* efetivo termina por estabelecer normas de controle de comportamentos dirigidas a determinados sujeitos, o que permite que "cada membro da empresa poderá conhecer os limites no empenho de sua função"[371]. O estabelecimento de normas

---

[364] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In: _____. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2009, p. 116.
[365] Ibid., p. 117.
[366] Ibid., p. 120.
[367] NIETO MARTÍN, 2008b, p. 141.
[368] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2013, p. 624.
[369] Ibid., loc. cit.
[370] Ibid., p. 626.
[371] LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamento y límites del deber de garantía del empresário. In: JORNADAS EN HONOR DEL PROFESOR KLAUS TIEDEMANN, 1., 1992,

de conduta para cada destinatário que atua no contexto da sociedade empresária tem repercussões na responsabilidade criminal por omissão dos indivíduos, notadamente a responsabilidade por omissão culposa (imprudente). A organização deficitária da sociedade empresária, além de não prevenir delitos, termina por, igualmente, não prevenir as responsabilidades individuais, ensejando a responsabilidade a título de omissão. Isto porque nas sociedades empresárias cuja organização é complexa, não se pune apenas aqueles que realizam condutas criminosas de maneira ilícita e culpável, mas, também, aqueles que não controlam os cursos causais perigosos que produzem algum resultado lesivo[372]. Assim, à luz do seu entendimento sobre a responsabilidade por omissão, o autor destaca quatro possibilidades de responsabilidade criminal associadas aos programas de *compliance*: a "responsabilidade do administrador da empresa" (*rectius*, sociedade empresária); a responsabilidade dos órgãos executivos; a responsabilidade dos órgãos assessores e a responsabilidade dos órgãos de cumprimento.

No que concerne à primeira espécie, qual seja, *responsabilidade penal dos administradores*, importante delimitar que, nesta categoria, incluem-se, para o autor, os *administradores de direito* (aqueles que possuem um título juridicamente válido à luz das regras de Direito Mercantil espanhol), bem como os *administradores de fato* (que, segundo o julgado colacionado pelo autor, são aqueles que atuam como se administradores de direito fossem, porém sem o serem formalmente, por ausência de nomeação ou designação, desde que a atuação seja exercida de forma independente, autônoma e duradoura no tempo)[373]. Estes administradores podem ser os "titulares" da empresa (*rectius*, sociedade empresaria) ou, ainda, como ocorrem nas grandes sociedades, podem ser contratados ou encarregados. Em ambas as hipóteses, haveria dever de garante, conforme defendeu o autor, tendo como fonte desse dever de garante o domínio de uma fonte de risco, ou seja, o fato de administrarem uma sociedade empresária que, por sua própria organização, é fonte de riscos a bens jurídicos[374]. Segundo o referido autor, esta responsabilidade estaria limitada aos riscos que

---

Madri. *Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín oficial del Estado, 1995, p. 272

[372] LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1995, p. 274.

[373] Ibid., p. 280.

[374] Ibid., p. 285.

são próprios da atividade, intrinsecamente relacionados com a atividade exercida, a exemplo dos crimes contra a saúde dos trabalhadores e ambientais. Na sua opinião, não haveria dever de garante por riscos de Corrupção e Lavagem.

Estes administradores de pessoas jurídicas, sobretudo em casos de atividades complexas e estruturas empresariais maiores, tem de delegar atividades a outras pessoas. Este mecanismo de delegação não faz desaparecer o dever original de garante, de modo que o administrador continua sendo responsável pela evitação de resultados: "o delegante segue sendo garante porém através de outro, ao que há de corrigir se desempenha incorretamente sua função e ao que para isso tem de supervisionar"[375] o delegatário.

Nestas hipóteses, o administrador (de fato ou de direito) da sociedade empresária, segundo o autor, responderá pelo resultado criminoso relacionado à atividade empresarial caso se omita no cumprimento dos seus deveres de garantia, ou seja, caso não organize adequadamente o funcionamento da sociedade empresária ou, ainda, caso não realize o seu dever de supervisão dos delegatários. Esta responsabilidade será a título de autoria, como no exemplo trazido, em que o administrador de uma grande sociedade empresária, que não a organizou adequadamente, pode vir a responder por um homicídio culposo (imprudente) de um trabalhador[376]. *A responsabilidade subsistirá mesmo que o delito seja uma ação dolosa de um delegatário, justificando-se pelo fato de que o descontrole da esfera de organização do administrador garante não impediu o crime de terceiro que atuava sob a dependência daquele*[377]. Segundo se infere do texto, esta responsabilidade poderia alcançar até mesmo sujeitos da escala hierárquica mais alta, desde que tenham falhado nos seus deveres de garantia.

Além da responsabilidade por crime omissivo, na qualidade de autor, subsiste a responsabilidade do administrador como partícipe "por omissão", nas hipóteses em que não evita o cometimento de um delito que não se encontra nas fontes de perigo da atividade empresarial, ou seja, um delito relativo ao qual o administrador não é garante. Esta hipótese é restrita aos casos em que o administrador, apesar de não ter dever de garante, tem um dever específico de impedir que sejam cometidos delitos a partir e desde a sociedade[378].

---

[375] LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1995, p. 285.
[376] Ibid., p. 287.
[377] Ibid., p. 288.
[378] Ibid., p. 289.

Caso a administração da sociedade seja realizada por um Conselho ou Órgão colegiado, responderão por crime comissivo, na qualidade de autores, aqueles que votaram no sentido da ação criminosa. Aqueles que não votaram, porém não impediram a ocorrência do delito praticado por decisão dos que votaram, respondem por autores de crimes omissivos, caso haja dever de garante, e partícipes, caso não haja dever de garante[379].

Os órgãos executivos são definidos pelo autor como aquelas pessoas que realizam a "gestão operativa". Estes sujeitos tem dever de garante porque são os delegatários, ou seja, porque assumiram a delegação. Estes só responderão por crime omissivo caso não tenham evitado um delito cujo controle lhe tenha sido delegado, ou seja, seu dever de garante está limitado aos poderes e deveres conferidos na delegação. Não são autores ou partícipes pela não evitação de outros delitos alheios a sua esfera de responsabilidade[380]. Ainda relacionados aos órgãos executivos, o autor trata da hipótese específica dos órgãos de cumprimento (*compliance officers*).

No que tange aos órgãos de assessoramento, serão partícipes aqueles assessores que realizem pareceres que ultrapassem o risco permitido, à luz de critérios subjetivos e objetivos (assessoramento que não é "neutro")[381]. Não respondem por omissão em relação aos delitos não evitados.

O que se observa, diante da descrição do posicionamento anterior é o seguinte: independente de previsão legal expressa, existiria um dever de garante do administrador e dos funcionários subordinados aos primeiros, o primeiro por força do domínio das fontes de perigo e, o segundo, por força da delegação; Os programas de *compliance* apresentam-se como meios concretos de comprovar a organização da atividade empresarial e, via de consequência, de complementar e concretizar os deveres de garantia aludidos acima.

Deste modo, sem a demonstração de um maior esforço e ônus argumentativo, o autor afirma que, havendo a produção de um resultado previsto em um tipo penal relacionado aos riscos da atividade empresarial (para o qual se prevê um dever de garante pelo critério do domínio) e não havendo organização de acordo com os parâmetros de *compliance* (ou havendo organização

[379] LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1995, p. 292-293.
[380] Ibid., p. 303.
[381] Ibid., p. 297.

defeituosa), a consequência é a responsabilidade penal por omissão, nos termos definidos acima. O mais surpreendente é que esta responsabilidade alcança aqueles sujeitos que, mesmo sem ter o dever de garante (já definido de maneira amplíssima), ainda que a título de participação omissiva (partícipes).

Não se concorda com a automática responsabilidade penal por omissão imprópria, nos termos traçados acima. Isto porque, na forma construída pelo autor, descrita nas linhas anteriores, haveria um dever de garante fundado, apenas, no critério do domínio que redundaria em responsabilidade com a simples produção do resultado, sem que fosse necessárias maiores considerações baseadas nos requisitos dos crimes omissivos.

Segundo aqui se defenderá, a construção da responsabilidade criminal relacionada à não implementação, ou implementação inadequada dos deveres de *compliance* deve ser fruto de maior esforço argumentativo, comprovando-se a conexão do dever de *compliance* e dos requisitos do programa com as premissas da responsabilidade penal por omissão imprópria fixadas pela legislação. Caso assim não seja, haverá temeridade na imputação de responsabilidade, que passará a adquirir contornos de responsabilização objetiva e, justamente por isto, não se sustentará em uma análise mais concatenada com os princípios penais de um Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista o exposto, o primeiro passo para a investigação da responsabilidade por omissão e os programas de *compliance* deve ser a revisão bibliográfica sobre a natureza, conceito e pressupostos dogmáticos estruturais para a responsabilidade penal a título omissivo, nos termos que serão apresentados abaixo.

5.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO

Os crimes omissivos são alvo de forte divergência doutrinária. Os pressupostos para a imputação do crime omissivo sempre foram controversos e tormentosos, notadamente no que diz respeito à natureza da omissão, existência, ou não, de um supraconceito que inclua a ação e a omissão, equiparação entre ação e omissão e, ainda, pressupostos dogmáticos da estrutura do crime omissivo. Segundo assinala Juarez Tavares, “a dogmática penal não pôde, até agora, dar uma solução definitiva a três séries de problemas fundamentais que

cercam esses delitos, relacionados à sua natureza, à sua estrutura e à sua punibilidade"[382]. Na visão do referido autor, isto não seria uma prerrogativa da omissão, mas da própria teoria do delito, na medida em que esta se apresenta "como o produto de controvérsias e juízos de valor, nem sempre compreendidos dentro de um consenso"[383].

Apesar de todas essas divergências históricas, é possível notar que, atualmente, os crimes omissivos tem sido vistos com muita frequência na prática e no discurso jurídico, principalmente com a ampliação dos deveres impostos a determinados segmentos sociais (como os deveres de *compliance*). Como assinala Janaina Paschoal, isto não significa que as pessoas estejam mais omissas, e sim que a sociedade de risco influenciou sobremaneira no aumento das situações de garantidor, possibilitando mais casos de responsabilidade a título de omissão imprópria[384].

Tendo em vista este breve introito, é preciso afirmar que, para a apresentação das conclusões que serão dispostas no capitulo subsequente, relacionadas ao problema central desta tese de investigar a inobservância dos deveres de *compliance* e a responsabilidade penal por omissão, *adotar-se-á um ponto de partida que responda aos principais problemas que cercam a omissão, quais sejam, a natureza, a estrutura típica destes delitos (que envolve questões de autoria e participação e, ainda, o* iter criminis*) bem como os pontos relacionados à punibilidade destes delitos*. Em outros termos, será apresentado, nas linhas subsequentes, os pressupostos e fundamentos que se entendem cabíveis para a responsabilidade penal a título de omissão, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, tampouco de afirmar verdades absolutas, indenes de dúvidas e controvérsias dogmáticas. Não é, portanto, o objetivo da tese dar a ultima palavra em matéria de omissão, e sim apresentar a estrutura dogmática que se entende adequada para este delito, aplicável às situações dos programas de *compliance*.

A adoção das premissas que permitem a responsabilidade penal a título de omissão é, portanto, uma opção de plano de trabalho, justificada em posicionamentos que serão adotados, por se entender que são acertados, em que

---

[382] TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 28.
[383] Ibid., p. 29.
[384] PASCHOAL, Janaina Conceição. Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2011, p. 14.

pese seja notório que estas premissas jamais encontrarão consenso, tampouco aceitação absoluta na dogmática penal. No entanto, para que seja aplicada a teoria da responsabilidade por omissão aos problemas que circundam a implantação de programas de *compliance*, faz-se mister apresentar e optar por pressupostos teóricos, nos termos que serão elucidados abaixo.

5.1.1 A polêmica sobre a natureza e o conceito da omissão

Antes de tratar dos requisitos dogmáticos que estruturam o crime omissivo, fazem-se necessários alguns esclarecimentos preliminares.

Em primeiro lugar, é importante tratar da natureza da omissão, e, neste interim, deve ser fincada, desde logo, *a premissa de que a natureza omissão não se equivale à da ação, tampouco é uma modalidade desta*, de modo que ambas as categorias de conduta punível são distintas entre si no plano do ser, e, assim, as suas respectivas estruturas dogmáticas devem observância e compatibilidade com esta premissa. Deste modo, defende-se aqui uma teoria unitária da omissão, refutando-se as conceituações que buscam traçar uma unidade entre ação e omissão ou a equiparação entre ambas as figuras.

Conforme aponta Susana Huerta Tocildo, o aparecimento da omissão como modalidade de comportamento criminoso, em uma determinada fase da evolução dogmática, fez com que a doutrina passasse a se preocupar com a fixação de um conceito totalizante, de um supraconceito de ação que abarcasse, a um só turno, a ação, a omissão, os crimes de mera atividade, os crimes de resultado, bem como os delitos dolosos e culposos[385].

Em 1904, Gustav Radbruch[386] opõe-se a esta tendência totalizante. No

---

[385] HUERTA TOCILDO, Susana. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? In: _____. Problemas fundamentales de los delitos de omisión. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 282.

[386] É importante assinalar que a obra de Gustav Radbruch será, excepcionalmente, citada por intermédio de outras fontes neste trabalho, uma vez que o escrito mais importante e comentado sobre o tema, “Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechstsystem” não possui tradução para o Português, Inglês, Francês, Espanhol ou Italiano. Em tradução realizada por Marina Pinhão Coelho, disponível na Obra Ingerência Indevida, da Professora Janaina Paschoal, tem-se que, segundo o referido autor: “A ação em sentido genérico era a ideia máxima do sistema, todas as outras eram apenas predicado, que complementavam a ideia principal. Agora o sistema foi dividido em duas ideias desvinculadas: Ação e omissão, e, com isso fez-se necessário também duplicar todas as outas ideias do sistema, como predicado da ação e como predicado da omissão. O delito deve agora ser definido como uma ação ou omissão antijurídica e culpável”. Cf. RADBRUCH apud PASCHOAL, 2011, p. 21.

referido ano, o autor publica seu trabalho sobre a o conceito de ação, apresentando-o à luz de um critério causal como um comportamento que se manifesta no mundo exterior, composto de três elementos: movimento voluntário, resultado e relação de causalidade entre ambos (dupla relação de causalidade: entre a ação e a vontade e entre a ação e resultado)[387]. A partir da definição do conceito de ação, Gustav Radbruch avança e assinala que a ação e a omissão guardam, entre si, uma perspectiva de inversão, segundo a fórmula A e Não –A, de sorte que ambas as espécies de conduta não podem ser abarcadas sob uma fórmula comum, um supraconceito[388]. Em outros termos, faltariam, na omissão, os elementos positivos que compõem a ação, de modo que a omissão é definida, por este autor, a partir da perspectiva negativa, como um conceito negativo.

Segundo aqui se sustenta, esta concepção é a única que consegue definir as características e qualidades da natureza pre-jurídica e ontológica do conceito de omissão, em perspectiva distinta ao de ação. As demais perspectivas de ação e omissão, que buscam conceituar esta à luz de pontos em comum existentes entre ambas, nos termos que serão expostos nas linhas subsequentes, não conseguem responder ao questionamento da natureza pre-jurídica e ontológica da omissão, porque, *para tentar unificar estas duas categorias à luz do conceito de ação, terminam por utilizar critérios valorativos e normativos (jurídicos e extrajurídicos), que transcendem a resposta sobre a designação e definição da natureza ontológica da omissão*[389].

Observe-se. Sem pretensão alguma de exaurir o assunto, até mesmo porque isto demandaria uma tese de doutorado apartada, é possível, após uma revisão bibliográfica selecionada[390], sistematizar as seguintes teorias que buscam pontos em comum para definir a natureza da ação e da omissão.

---

[387] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 32-74, jan./mar. 1997.

[388] PASCHOAL, 2011, p. 21.

[389] "[...] ninguno de los conceptos de acción por ellas ofrecidos resulta adecuado para ser elevado a la categoria de concepto general o superconcepto de accion, compreensivo tanto de la accion como de la omision. La essencial diferencia entre uma y outra formas de codnucta humana impede que acción y omision tengan cabida bajo um mismo manto conceptual. Por outra parte, la configuración normativa de la omision, a la que ya me referido em paginas anteriores, anula, com su remisión a valores y a consecuente anticipación de elementos pertenecientes a la antijuridicidade, uma de las funciones que se atribuyen al concepto general de accion: servir de enlace, em virtude de sua neutralidade valorativa, a los demais ingredientes del delito." Cf. HUERTA TOCILDO, 1987.

[390] Não se tratou, e nem seria possível fazê-lo, de todos os autores que trabalham a omissão. Para os limites do trabalho, foram escolhidas, dentre tantas obras relevantes, algumas delas para a revisão bibliográfica e doutrinária pretendida.

Susana Huerta Tocildo, em estudo detalhado sobre o tema, aponta que as teorias que buscam a unidade conceitual entre ação e omissão, objetivando firmar um supraconceito de ação que possa abarcar todas as formas de comportamento criminoso são, em verdade, teorias que visam a justificar as qualidades do conceito de ação[391]. A mencionada autora divide em três grupos ditas teorias, nos termos elucidados abaixo.

É possível observar a unificação da ação com a omissão sob a perspectiva de uma teoria causal, ou seja, buscam conceituar a omissão e a ação utilizando-se de um critério causal: ambas as formas de conduta são causais em relação a um determinado resultado criminoso. Para que se detecte a causalidade na omissão, seria necessária a introdução de um elemento positivo neste conceito. O elemento positivo ao conceito de omissão, que permitiria a equiparação à ação seria definido da seguinte forma: toda omissão é a omissão de uma ação esperada, de sorte que as omissões pressupõem a existência de uma ação[392]. Em outros termos, em toda omissão é possível verificar a não realização de uma ação esperada, e, desta forma, ação e omissão não seriam conceitos contrários, consoante assinalou Gustav Radbruch, e sim conceitos que podem ser abarcados em um supraconceito. Susana Huerta Tocildo refere-se, neste ponto, às teorias também denominadas de teorias do “aliud agere”, ou seja, do agir diverso, as quais consideram que a omissão não significa simplesmente a inação e sim a atuação de maneira contrária ao que era esperado.

É inegável que esse grupo de teorias, ao pretender unificar a ação e a omissão sob um mesmo conceito, antecipa-se aos critérios de tipicidade e ilicitude, sendo incapaz de fornecer um substrato idôneo prévio à incidência destes elementos do crime sob a conduta humana. Justamente por isto, conclui Huerta Tocildo que estas teorias não são idôneas a apresentar um caráter pre-jurídico da omissão, falhando na tentativa de conceituar esta espécie de conduta delitiva.

O finalismo também pretendeu unificar a ação e a omissão em um supraconceito de comportamento. Armin Kaufmann teve papel fundamental nesta tentativa, tendo este ultimo construído a teoria dogmática da omissão cujos critérios de imputação são, até hoje, adotados por grande parte da doutrina, nos

[391] HUERTA TOCILDO, 1987, p. 285.
[392] Ibid., loc. cit.

termos que serão discutidos oportunamente. No que concerne ao conceito de omissão, Kaufmann, embora admitindo que a ação e a omissão devem ser estruturadas dogmaticamente de maneira apartada[393], defende a equiparação da ação e da omissão à luz da ideia de "capacidade de ação"[394]. Kaufman assinala que a omissão não corresponde à mera abstenção, à quietude, ou seja, ao simples não agir[395]; a omissão consiste na não realização de uma ação final que o sujeito era capaz de realizar[396]. Haveria, na omissão, esta capacidade de ação, o elemento positivo que permite a equiparação entre as duas formas de conduta punível[397] sob a rubrica de um conceito maior, de comportamento.

Nas palavras de Kaufman, "o comportamento é a capacidade física da pessoa, sujeita à capacidade de direção final da vontade", de modo que aquele que é capaz de ação pode se comportar "[...] levando a cabo a ação que lhe é possível ou bem não executando-a"[398].

A possibilidade de ação seria, portanto, para os finalistas, o elemento positivo da omissão que permite a elaboração de um supraconceito. Esta capacidade de ação não se limita à possibilidade física do sujeito de realizar determinadas condutas[399], contendo, também, um aspecto intelectual. Segundo o autor, só existe possibilidade de atuar quando o sujeito tem conhecimento da situação que exige a realização de uma ação sua[400].

Kaufmann avança assinalando que, na omissão, não estão presentes os elementos da causalidade e da finalidade, que pertencem à ação[401]. Na omissão, verifica-se somente a causalidade potencial de realização da vontade omitida. No que tange à finalidade, Kaufmann afirma que também não se trata de um elemento da omissão, premissa esta que lhe fará concluir que a terminologia "dolo de omitir" deve ser substituída por omissão consciente[402]. No Brasil, esta visão é adotada por Luiz Régis Prado, que assinala que o dolo na omissão limita-se ao

---

[393] KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 98.
[394] Ibid., p. 99.
[395] Ibid., p. 45.
[396] Ibid., p. 46.
[397] Ibid., p. 99.
[398] Ibid., p. 101.
[399] Consoante se verá nas linhas subsequentes, Roxin se opõe a esta premissa de Kaufmann, assinalando que a capacidade de ação refere-se meramente à capacidade física, sendo o conhecimento da situação típica elemento do dolo.
[400] KAUFMANN, op. cit., p. 57.
[401] Ibid., p. 103.
[402] Ibid., p. 102.

conhecimento, prescindindo do elemento vontade[403]. Este tema será desenvolvido nas linhas a seguir, quando se tratar dos requisitos dogmáticos da omissão.

Diante do que fora outrora sinalizado, é possível perceber que, até mesmo o finalismo, que se fundamenta no estabelecimento de categorias lógico-abstratas prévias ao legislador não define, segundo se entende, a natureza ontológica da omissão. Isto porque, consoante assevera, com razão, Susana Huerta Tocildo, a capacidade de ação não é nada mais que um juízo de valor e não um componente ontológico da omissão[404]

Há, ainda, as tentativas de aglutinar os conceitos de ação e de omissão à luz da teoria social da ação. Este grupo de teorias pretende unificar os conceitos de ação e omissão às custas da supressão do caráter positivo verificado naquela. Expresso de outro modo, o conceito social de ação defende que a ação e a omissão só poderão ser unificadas se se desconsiderarem os elementos tradicionalmente utilizados para definir a ação, quais sejam, a corporeidade e a voluntariedade[405]. Nesta perspectiva, ação e omissão seriam unificadas à luz da premissa de que ambas consistem em "comportamentos humanos socialmente relevantes" que, no dizer de Susana Huerta, podem consistir no "exercício de uma atividade final lesiva", como, também, na "passividade frente a uma determinada expectativa de ação"[406]. Não é necessário muito esforço intelectivo para perceber que estas teorias também não unificam ação e a omissão sob a perspectiva do ser, e sim à luz de critérios normativos e valorativos, não se mostrando aptas à definição da natureza da omissão.

Feitas estar pertinentes considerações, é possível afirmar que o único conceito hábil para definir a natureza da omissão somente é o negativo, que define esta como um não fazer, uma abstenção. Todas as outras teorias que, como visto, buscam encontrar elementos positivos na natureza da omissão, terminam por trazer elementos valorativos, normativos, ou seja, que agregam valor a este não fazer, *não servindo para elucidar a sua natureza e sim o juízo de valor que se faz dela*. Consoante assinala Juarez Tavares, "a omissão não tem correspondência natural com a ação"[407], de modo que todas as tentativas de as

[403] PRADO, 2014a, p. 144.
[404] HUERTA TOCILDO, 1987, p. 294.
[405] Ibid., p. 295.
[406] Ibid., p. 296.
[407] TAVARES, 2012, p. 32.

unificar fracassam na definição da natureza ontológica do omitir-se. Além disto, conforme bem assinala Janaina Paschoal, a unificação da omissão à ação, ao eliminar as diferenças, termina diminuindo as garantias do sistema[408].

O conceito que define a natureza ontológica da omissão, entendido aqui como um conceito negativo, é prejurídico, substantivo, e *servirá de base para estabelecer os limites e os pressupostos da valoração a ser realizada pelo direito, ou seja, será um conceito chave para que se possam acrescentar as características e critérios da imputação jurídica*. E, à luz desta premissa, o Direito fará a valoração deste conceito de não fazer, estabelecendo a relevância jurídico penal deste, que, consoante se verá, só estará presente na medida em que o não fazer descumpre a realização de uma ação obrigada em uma norma mandamental (de adequação mediata ou imediata, consoante será tratado a seguir). *Em outros termos, o direito vai acrescentar a esta omissão (assim como faz em relação à ação) os adjetivos de tipicidade, ilicitude e antijuridicidade, uma vez presentes nas figuras concretas os requisitos dogmáticos necessários para tanto*. E estes requisitos dogmáticos devem ser construídos tendo-se em mente a diferença da natureza ontológica entre a ação e a omissão.

Em perspectiva distinta da que aqui fora defendida, alguns autores vão se opor à definição da natureza e do conceito de omissão à luz de premissas ontológicas.

Gimbernart Ordeig assinala que é possível a formulação de um "supraconceito", que reúna o que há em comum entre a ação e a omissão. O referido autor formula o "supraconceito de comportamento" que, na sua perspectiva, abarcaria tanto o comportamento ativo quanto o passivo, os modos de realização do sujeito no mundo. Para Gimbernart Ordeig, o comportamento ativo – ação – tem natureza ontológica, não valorativa, porque é uma realidade verificável no mundo exterior, que abarca tanto comportamentos bons quanto comportamentos ruins. A omissão, por seu turno, não é um conceito ontológico e sim normativo, porque não representa o simples não fazer e, sim, a valoração da conduta não realizada. Em outros termos, a omissão, para Gimbernart Ordeig, representa a não realização de uma ação quando esta era possível e devida (a partir da análise de normas sociais ou jurídicas). A capacidade da ação – requisito ontológico – não é suficiente para definir a omissão, de modo que se faz

[408] PASCHOAL, 2011, p. 25.

imprescindível a análise valorativa. A omissão, então, só pode ser verificada quando houver a desconformidade, a não realização de ações exigidas pela norma penal (omissão delitiva) ou das numerosas normas extrapenais (religiosas, sociais) etc, de sorte que haveria um conceito de omissão jurídico e um extrajurídico. A não realização de uma ação exigida não implica, no entanto, a completa inamovibilidade, uma vez que o sujeito que não realiza o que dele se exige pode realizar outro comportamento qualquer.

Nesta perspectiva, Gimbernart Ordeig critica a premissa de Kaufmann acerca da omissão, exposta nas linhas anteriores, e cita o exemplo da mulher grávida que não cede o lugar no ônibus para um sujeito qualquer sentar: neste caso, também havia a capacidade de agir, mas, de forma alguma, é possível assinalar que se trata de uma omissão, uma vez que o esperado naquela situação fática era que a grávida tivesse preferência no assento.

O conceito de comportamento, que abarcaria tanto a ação e a omissão, pode ser formulado partindo-se da análise da "realização do sujeito espiritual com o mundo". E, para que exista esta realização do sujeito com um mundo, dois requisitos são necessários, quais sejam, a consciência e o controle físico dos movimentos: "o comportamento é a relação do eu consciente e fisicamente livre com o mundo exterior manejando processos causais". Não é requisito do "supraconceito de comportamento" a vontade. O sujeito consciente e fisicamente livre pode se comportar de forma positiva – pondo em marcha processos causais – ou negativa – deixando que os processos causais instaurados sigam o seu curso.

Roxin, por seu turno, defende que o sistema penal deriva de "valorações político-criminais centrais"[409] e não de estruturas ontológicas prévias e, deste modo as valorações podem servir para a ação e para a omissão. Assim, o sujeito pode decidir pela lesão ao bem jurídico protegido atuando ou se omitindo[410].

Roxin defende a existência de um supraconceito geral de ação, que envolveria a omissão, correspondente à ideia de manifestação da personalidade. O não fazer, assim como o fazer, seria uma manifestação da personalidade do agente[411]. A omissão depende de duas condições para a sua existência: a

[409] ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general : especiales formas de aparición del delito. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2014. v. 2, p. 754.
[410] Ibid., loc. cit.
[411] Ibid., p. 755.

expectativa de ação e a capacidade física de realização da ação[412].

Deste modo, Roxin vai defender que a teoria dogmática da omissão não deve ser estruturada como um reverso da teoria da ação e sim à luz de uma mesma base normativa (porque ambas as formas de conduta são uma valoração à ofensa ao bem jurídico protegido), observadas, contudo, as peculiaridades dos delitos omissivos, notadamente no que concerne ao dever do autor, que o torna sujeito especial dos crimes[413].

Bernd Schünemann, discípulo de Roxin, defende a formulação do conceito de omissão sob um método teleológico[414]. Neste ponto, o autor refuta o método naturalista de conceituação da omissão, por conceber que se trata de uma forma "ingênua"[415] de formular conceitos, que concebe o ser como uma realidade cega e isenta de valoração[416]. A formação dos conceitos jurídicos não pode ser isenta de valoração, pontua o autor, porque os conceitos devem desempenhar algum objetivo no sistema jurídico-penal[417].

Com base nesta premissa de que os conceitos devem atender a alguma finalidade para o que se busca, Schünemann vai assinalar que o conceito naturalístico negativo de omissão não responde à principal pergunta relacionada aos crimes omissivos, consistente no porquê se pune alguém por não ter feito nada. Na sua perspectiva, somente a teoria dos fins da pena e do direito penal está apta a responder isto, de modo que a ontologia não pode dar esta resposta. Deste modo, nas palavras do autor, "o enquadramento ontológico da omissão é, consequentemente, uma mera questão do conceito filosófico da realidade, que é indiferente para a sua punibilidade e que não pode influir no Direito Penal [...]"[418].

Para Schünemann, a omissão não pode ser conceituada como um nada ôntico, porque esta perspectiva se baseia na premissa de que "qualquer ser existente tem de ter caráter substancial"[419]; todavia, esta premissa pode ser

---

412 ROXIN, 2014, p. 755.
413 Ibid., p. 754.
414 SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 55.
415 Ibid., p. 40.
416 Ibid., p. 41.
417 Ibid., p. 55.
418 "La controversia em torno al encuadramiento ontológico de la omision es, consiguientemente, uma mera cuestión del concepto filosófico de la realidade, que es indiferente para su punibilidade y que no puede influir em el Derecho Penal mas que como el modo de hablar". Cf. Ibid., p. 43.
419 Ibid., p. 44.

refutada, porque “as negações são imprescindíveis para basear o modo de ser da realidade”[420]. E segue afirmando que a omissão participa, como modo de ser não independente, da realidade do omitente, apresentando um caráter real[421].

Na sua definição do conceito de omissão, Schünemann vai reforçar que este não pode ser fruto da mera observação, devendo ser orientado por um valor de referência essencial para o objetivo perseguido com o conceito.[422] O valor de referência que vai orientar a conceituação da omissão é a punibilidade. Assim, para que uma omissão seja punível, deve ser conceituada como “a não realização de uma ação individualmente possível”[423], tendo a omissão um conteúdo positivo e não negativo.

De certo modo, a concepção defendida por Schünemann se assemelha à formulada por Kaufmann, e referendada por Welzel. Bernd Schunemann, no entanto, defende que o conceito de ação individualmente possível prescinde do elemento intelectual conhecimento da situação de perigo, sendo composto apenas da cognoscibilidade, ou seja, da possibilidade do agente conhecer a situação de perigo. O elemento intelectual não faz parte da possibilidade de ação, devendo ser analisado no dolo, posição da qual Roxin também compartilha[424]. Segundo Bernd Schunemann, exigir o conhecimento da ação para a definição da possibilidade de ação e, por consequência, para a conceituação da omissão significa restringir a omissão às categorias dolosas, de modo que a definição lógico-abstrata do finalismo para a omissão, assim como a comissão, adapta-se somente às situações dolosas.

Como já se adiantou nas linhas anteriores, entende-se que a definição da natureza ontológica da omissão a partir da formulação de um conceito pré-jurídico e prétipico, consistente no não fazer, é essencial para se estabelecer os limites e os pressupostos da valoração jurídica. *Em outros termos, é necessário que se conheça o substrato que se pretende valorar, pois, do contrário, poderá haver uma valoração abstraída da realidade, carente de referencial fático, que pode produzir valorações incompatíveis com a realidade a ser valorada.*

Apresentada a conclusão acima, é importante fazer alguns comentários

---

[420] SCHÜNEMANN, 2009, p. 44.
[421] Ibid., p. 45.
[422] Ibid., p. 57.
[423] Ibid., p. 63.
[424] ROXIN, 2014, p. 757.

pontuais para evitar que a opção aqui feita, pelo conceito ontológico negativo de omissão, seja compreendida de forma inadequada.

Assim, deve-se destacar, em primeiro lugar, que quando se opta pela definição da natureza da omissão como um não fazer, à luz de um critério causal que explica o ser da omissão, não se está, em nenhum momento, afirmando que o Direito é isento de valorações. Pelo contrário. O que aqui se quer firmar como premissa é que o direito, embora essencialmente valorativo, *não pode adotar uma valoração completamente dissonante da realidade que pretende tutelar, sob pena de se admitir distorções fáticas que conduzirão a tremendas injustiças*, como algumas que são verificadas no tratamento da omissão, nos termos que serão expostos neste trabalho.

Demais disto, é de se assinalar que a opção pelo conceito de omissão, nos termos expostos acima, não guarda relação com a opção pelo conceito de ação, tendo em vista que são duas realidades distintas e como tais devem ser tratadas. O conceito de ação não será objeto de análise e posicionamento desta tese, por fugir completamente ao escopo proposto.

Por fim, deve-se afirmar que a opção pelo conceito negativo de omissão não afasta a concordância com algumas valorações feitas em relação aos crimes omissivos, nos termos expostos acima. Apenas se entende que essas valorações são etapas posteriores à conceituação, não servindo para elucidar a natureza da omissão.

5.1.2 Omissão *versus* ação: critérios distintivos

Antes de avançar para tratar da estrutura do tipo omissivo, faz-se necessário pontuar duas questões relevantes. A primeira diz respeito aos critérios distintivos que devem ser utilizados para a separação ação e da omissão. Ora, já que ação e omissão não se equivalem, sendo substratos distintos que, como tal, devem ser valorados pelo Direito, faz-se mister escolher o(s) *critério(s) apto(s) para separar uma conduta ativa de uma conduta omissiva*, pois, em alguns exemplos, pode parecer difícil a distinção. Alguns casos clássicos são trazidos à colação. O primeiro deles, do pelo de cabra, mencionado por Janaina Paschoal, e

também por Roxin[425], diz respeito à situação em que um gestor de uma sociedade empresária adquiriu, para a realização da atividade, pincéis de pelo de cabra de origem chinesa de outra sociedade empresária, sendo advertido de que teria de realizar a desinfecção do material. O referido gestor não procedeu à desinfecção, entregando os pincéis aos funcionários; por força disto, cinco funcionários ficam infectados por uma bactéria e quatro deles falecem[426]. O caso suscita dúvidas se haveria ação (entrega dos pincéis) ou omissão (ausência de desinfecção).

Roxin traz outros casos interessantes como o do farmacêutico que, após ministrar a uma criança um remédio pela primeira vez com receita, e, após a insistência da mãe, ministra o remédio pela segunda vez para a criança, sem receita, vindo esta a falecer por intoxicação. Há, ainda, o caso da condução da bicicleta sem as luzes de farol (ação pela condução ou omissão por não acender as luzes)? E, por fim, o caso da transmissão do Vírus HIV, em que seria possível discutir se houve ação, pela relação sexual, ou omissão, pela não utilização do preservativo[427].

É importante assinalar que a celeuma da distinção entre ação e omissão, embora seja visível nos crimes tradicionais, conforme os exemplos trazidos à colação acima, é matéria sensível no âmbito da criminalidade econômica, uma vez que, nestes crimes, o resultado é produto de uma complexidade de atos, em muitos casos executados por uma pluralidade de agentes. Apenas para exemplificar, é possível trazer à colação dois casos de grande repercussão. O primeiro deles refere-se ao famoso caso Enron. A Enron era uma sociedade empresária de gás natural e petróleo dos Estados Unidos, fundada em 1985, fruto da fusão das empresas Houston Natural Gás e Internorth, capitaneada por K. L., que se tornaria *Chief Executive Officer* da empresa. A Enron era a sétima maior sociedade empresária petrolífera dos Estados Unidos, até requerer a falência, em 02 de dezembro de 2002. Considerada uma das maiores sociedades empresárias estadunidenses, a Enron era tida como uma instituição de capital público que seguia as melhores práticas reconhecidas de Governança Corporativa e *compliance*. Segundo o relatório do Congresso Americano sobre o caso, a Enron era considerada uma das empresas dos Estados Unidos que mais inovavam e

[425] ROXIN, 2014, p. 781.
[426] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2011. Livro digital para Amazon Kindle, pos. 2138.
[427] ROXIN, op. cit., p. 781.

cresciam, gerenciada com as melhores técnicas pelos diretores e executivos.

No entanto, após a falência, a investigação detectou problemas graves nos mecanismos de governança corporativa e *compliance*, notadamente no que se refere aos mecanismos de divulgação de informações financeiras e aos controles externos, tais como à auditoria e monitoramento dos analistas de mercado.

As informações financeiras da sociedade empresária apresentaram graves falhas, que interferiram na transparência das informações repassadas aos *shareholders* e ao mercado financeiro. Isto porque, a partir de técnicas elaboradas de contabilidade, a Enron pôde esconder dos investidores, nos relatórios anuais e trimestrais, as suas respectivas perdas financeiras ao lançá-las em outras empresas, as chamadas "*special purpose entitites*". As perdas e depreciações não eram descritas no relatório financeiro da sociedade, e sim escondidas no relatório destas entidades especiais, o que gerou a ocultação fraudulenta de dados contábeis relevantes, que impediam a correta avaliação dos demais sujeitos interessados na sociedade.

A manobra contábil trazia a ilusão de crescimento vertiginoso, induzindo os investidores a terem a falsa percepção de que a Enron progredia e não apresentava déficits, atraindo a atenção e os capitais no mercado acionário. Os relatórios não apresentavam as perdas que a empresa sofreu com a realização de negócios desastrosos, escondendo a extensão do endividamento da Enron. A retificação das operações contábeis da sociedade empresária fez com que os lucros da Enron caíssem vertiginosamente, o que, posteriormente, culminou com a falência. No caso, como houve uma sucessão de ações e omissões, poder-se-ia, em princípio, ter dúvidas se o crime foi cometido por ação (fraudar os relatórios contábeis da empresa) ou por omissão (não apresentar as informações corretas aos acionistas).

O segundo caso clássico a ser aqui citado refere-se à Ação Penal 470, famigerado "Caso Mensalão", mais especificamente às condutas realizadas pelos réus do núcleo financeiro, representantes do Banco Rural. Segundo se extrai da denúncia do *Parquet*, os empréstimos concedidos ao Partido dos Trabalhadores foram realizados e renovados sem a obediência às regras estabelecidas pelo Banco Central que estabeleciam os limites de risco a serem assumidos pelas Instituições Financeiras. No caso, a Instituição Financeira em comento teria

realizado empréstimos sem garantias ou com garantias insuficientes, e os renovado com a liberação dos juros e taxas, por incontáveis vezes, sem que houvesse sequer cadastro das pessoas jurídicas, ou, em muitos casos, com os cadastros incompletos. Além disto, estes empréstimos não eram classificados segundo o adequado nível de risco que possuíam, de modo a indicar que se tratavam de empréstimos simulados. Segundo o trecho da denúncia:

> A expressiva discrepância dos níveis de classificação do risco de crédito resultou, segundo constatação dos próprios auditores do Banco Central (fl. 19 do PT 0501301503), de deliberada ação dos gestores do Banco Rural com o propósito de omitir o efetivo nível de risco das operações e, por conseguinte, deixar de efetuar as devidas provisões que, no caso dos três empréstimos acima, teriam que ser realizadas no total do montante emprestado.
> Tal situação revela que os dirigentes do Banco Rural, empregando expedientes fraudulentos, deixaram de atribuir a verdadeira classificação aos riscos de créditos das empresas SMP&B e Graffiti, e do Partido dos Trabalhadores, simulando uma situação contábil que, de fato, não existia.[428]

Sem antecipar qualquer conclusão, tendo em vista que situações específicas aos crimes econômicos (notadamente Lavagem e Corrupção, cujos programas de *compliance* são objeto deste trabalho) serão elucidadas no capítulo subsequente, o caso narrado traz a dúvida de se a gestão fraudulenta imputada foi a título de ação (concessão e renovação de empréstimos) ou omissão (inobservância dos deveres exigidos pelo Banco Central).

Para concluir a etapa dos exemplos problemáticos, é de se assinalar que Tavares menciona as situações que envolvem delitos de ação negligente (culposos) e delitos omissivos, tendo em vista que nos primeiros há um dever de ação cuidadosa e, no segundo, um dever de ação[429].

Na tentativa de resolver a celeuma, a doutrina aponta alguns critérios diferenciadores da ação e da omissão. Conforme bem ressaltou Roxin, haverá controvérsia em relação a estes critérios, notadamente à luz da fundamentação que se confira ao Sistema Jurídico Penal. Segundo o autor, quem fundamenta o sistema em dados prévios (ônticos) atribuirá grande valor à distinção prejurídica entre atividade e passividade; já aqueles que concebem o sistema à luz de preceitos político-criminais relativizarão esta diferença ontológica. Deste modo, é

---

[428] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Denúncia. Brasília, 12 nov. 2007a. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120910-06.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015, p. 18.

[429] TAVARES, 2012, p. 284.

de se observar que a discussão travada nas páginas anteriores ultrapassa a mera abstração jurídica, apresentando muita relevância prática neste problema fundamental que envolve diferenciar ação e omissão e, portanto, o limite da punibilidade dos crimes comissivos e omissivos.

A necessidade de delimitação entre ação e omissão, consoante assinala Roxin, ponto que estamos plenamente de acordo, é fundamental, pois há uma punição restrita para quem se omite em comparação com o delito comissivo[430].

Janaina Paschoal, tratando dos critérios diferenciadores de ação e omissão, elenca três. O primeiro é o *critério da energia*, de acordo com o qual a existência de movimento corporal é o elemento distintivo chave[431], que determinará se a conduta é ativa ou omissiva. Do critério da energia resulta a ideia de subsidiariedade da omissão no que concerne a ação: deste modo, no concurso entre um movimento corporal e uma omissão deveria prevalecer aquele, tratando-se de delito comissivo. O segundo critério trazido pela autora refere-se ao *critério da ilicitude*, que determina que em situações de concurso entre ações e omissões, é necessário verificar qual o comportamento que viola o direito e, só então, definir a ação da omissão[432]; Por fim, Janaina Paschoal trata do *critério da relevância*, que define a diferença entre ação e omissão pela relevância na produção do resultado: deste modo, o caso do pelo de cabra seria ação e não omissão, tendo em vista que a não desinfecção (omissão) seria irrelevante se não houvesse a posterior entrega aos funcionários[433]. Para Janaina, o critério da energia é o que deve ser utilizado, porque todos os demais relativizam as diferenças entre a ação e a omissão, favorecendo a noção de comportamento[434].

Roxin sustenta que o critério da energia só é idôneo à resolução de casos simples[435], e que, por isto, foram desenvolvidos outros dois critérios. A jurisprudência do BGH adota o critério do centro de gravidade da reprovabilidade (Para Janaina Paschoal, o critério da ilicitude), segundo o qual não é a configuração externa do fato que vai determinar se é uma ação ou uma omissão, devendo-se analisar qual o fato contra o qual se dirige a reprovabilidade jurídica

---

[430] ROXIN, 2014, p. 779.
[431] PASCHOAL, 2011, p. 27.
[432] Ibid., loc. cit.
[433] Ibid., p. 28.
[434] Ibid., p. 32.
[435] ROXIN, op. cit., p. 780.

em cada caso[436]. Para Roxin, este critério é falho, porque conduz a um círculo vicioso, pois, para que se possa saber a direção da reprovabilidade é preciso definir, antes, se se trata de ação ou omissão. Além disto, o critério da reprovabilidade conduz a inseguranças jurídicas, uma vez que ainda não foi possível indicar critérios de como se deve determinar o centro de gravidade[437].

O critério que deve ser adotado na maioria das situações, para Roxin, é o da causalidade, segundo o qual haverá ação sempre que for possível observar um emprego ativo de energia para a produção de um determinado resultado, ou, ao menos, para a tentativa de produção de um resultado, segundo o dolo do autor[438].

Juarez Tavares também trata dos critérios distintivos trazidos à colação nas linhas anteriores. Para ele, todos os critérios possuem pontos positivos e negativos, de modo que não haveria critério infalível, sendo conveniente que a adoção dos critérios seja feita "em face da particularidade do caso concreto"[439].

Segundo Juarez Tavares, o critério da energia apresenta dificuldades porque, em muitos casos, pode não ser possível comprovar com certeza a manifestação de energia no momento do crime, havendo necessidade, em muitos casos, de retomar a teoria da *actio libera in causa*[440]. Além disto, há dissonâncias do que deveria ser considerado energia, que, em alguns momentos, é definido como movimento corporal e, em outros, como um conceito jurídico[441]. Esta indefinição do conceito de energia não seria prerrogativa da ciência jurídica, sendo verificada também no âmbito das ciências naturais, conforme assinala o autor[442]. Tavares continua assinalando que o critério da causalidade, relacionado à teoria tradicional da *conditio sine qua non*, sofre as mesmas críticas do critério da energia; além disto, há deficiências quando se adota outras teorias da causalidade (causalidade adequada ou relevância jurídica)[443]. Afirma o referido autor, outrossim, que os critérios da energia e da causalidade terminam, em muitos casos, por concluir que determinadas condutas são comissivas e não omissivas, "o que pode conduzir a juízos precipitados e lesivos aos direitos do

[436] ROXIN, 2014, p. 781.
[437] Ibid., p. 783.
[438] Ibid., loc. cit.
[439] TAVARES, 2012, p. 284.
[440] Ibid., p. 286.
[441] Ibid., p. 284.
[442] Ibid., p. 285.
[443] Ibid., p. 287.

sujeito"[444].

Ainda discorrendo sobre a posição de Tavares, o referido autor assinala que, o critério normativo, "do ponto de gravidade", segundo o qual haverá ação ou omissão conforme a reprovação jurídica do fato, pode conduzir a um mero decisionismo, justamente porque prescinde de dados empíricos de energia e causalidade[445]. O critério normativo pode ser corrigido caso se utilizem elementos materiais delimitadores extraídos da norma incriminadora e da realidade empírica[446].

Deste modo, conclui Tavares que os três critérios apresentam falhas e podem resolver a problemática da ação e da omissão. Assim, segundo ele, a solução para a diferenciação deve advir da junção de dois critérios. Nas palavras do autor, deve haver: "ou a conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade, revitalizado pelo seu conceito funcional[447], ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato"[448]. No que tange ao conteúdo axiológico, afirma o autor que este seria residual, apenas aplicável quando for impossível concluir por ação ou omissão por ausência de causalidade. O critério axiológico deverá ser limitado, ainda, às situações em que, quando aplicável, exclua a imputação, ou seja, como um critério auxiliar negativo[449].

Segundo aqui se defende, justamente à luz do conceito negativo de omissão exposto alhures, a melhor resposta para diferenciar a ação da omissão *deve conjugar os critérios da energia com o critério da causalidade, tomada no sentido da teoria tradicional da* conditio sine qua non*, e não no sentido empreendido por Tavares de Causalidade funcional*. Assim, haverá omissão quando o sujeito não interferir (não desprender energia, não realizar um movimento) em um curso causal já iniciado (por outra pessoa ou por uma causa natural) e haverá ação quando o sujeito empreender energia com potencialidade de criar ou aumentar um curso causal lesivo. Os dois critérios acima devem ser complementados pelo critério da subsidiariedade, no sentido de que, todas as

[444] TAVARES, 2012, p. 288.
[445] Ibid., p. 290.
[446] Ibid., loc. cit.
[447] "Está claro que a adoção de uma causalidade funcional já não se articula em torno de simples movimentos corporais ou das fórmulas da conditio, de causalidade adequada ou da relevância jurídica da conduta. A causalidade funcional só tem significado quando associada a uma norma que delimite, com precisão, o âmbito de lesão ou de perigo ao bem jurídico. Só a partir dessa delimitação será possível extrair o sentido imposto à respectiva conduta. Cf. Ibid., p. 288.
[448] Ibid., p. 292.
[449] Ibid., p. 293.

vezes que houver um concurso de uma conduta ativa com uma omissiva, deve prevalecer aquela. Todos os demais critérios conduzem a insegurança jurídica e relativizam as diferenças entre ação e omissão, o que deve ser evitado, tendo em vista que a omissão deve ser tratada de forma distinta da ação, consoante já se afirmou exaustivamente[450].

E nem se diga que a adoção dos critérios conjugados, da energia e da causalidade, ofende ao princípio da legalidade, como assinalou Tavares[451], uma vez que só haverá que se falar em ação ou omissão criminosas se estas violarem o que estiver disposto na lei, estando o juízo de adequação típica vinculado ao *nullum crime sine lege*.

Diante do quadro exposto, a resposta aos casos acima trazidos devem ser tratados como fatos ativos e não omissivos, sujeitos às posteriores análises das regras de imputação à luz dos elementos do conceito analítico de delito.

Diante da opção aqui firmada, é de se refutar, portanto, como condutas omissivas, a categoria dos "delitos omissivos por comissão", desenvolvida por Roxin e adotada, no Brasil, por Tavares. Os crimes *omissivos por comissão* seriam aqueles nos quais se realiza uma conduta omissiva por meio do desprendimento de energia. Roxin elenca quatro hipóteses[452], também tratadas na doutrina nacional por Tavares[453]: participação ativa em fatos comissivos (instigar, induzir ou auxiliar alguém a não prestar socorro devido); *omissio libera in causa* (situações em que o garantidor impede a realização de um ato posterior de atuação em prol do bem jurídico, como no exemplo de destruir o barco salva vidas); o impedimento da ação de terceiro que atuaria para salvar o bem jurídico e o desligamento de aparelhos de reanimação.

Com relação a este ultimo, causa espécie e preocupação a insegurança jurídica que esta solução conduz, tendo em vista que se defende a distinção da mesma conduta (desligar os aparelhos) entre ação e omissão conforme quem a pratica (o médico cometeria uma omissão, por ter vinculação com a vida do

---

[450] De se ressaltar que Tavares discorda da nossa posição de que o conteúdo ontológico da conduta, como préconceito jurídico, tendo em vista que a natureza ontológica é contestável, "por não possuir um conteúdo explícito acerca de como se constituem as categorias da ação e da omissão". Segundo nos parece, contudo, a doção do critério ontológico ainda é positiva e conduz a menos inseguranças jurídicas e criacionismos abstratos, porque limita a valoração jurídica, não permitindo que esta crie estruturas incompatíveis com a realidade. Cf. TAVARES, 2012, p. 292.

[451] Ibid., loc. cit.

[452] ROXIN, 2014, p. 789-796.

[453] TAVARES, op. cit., p. 298-306.

paciente e os terceiros cometeriam ação, porque não tem relação com a vida do paciente), como no exemplo trazido por Tavares[454], que aniquila as diferenças essenciais entre o comportamento ativo e omissivo à luz de uma interpretação dos fatos da vida social ao alvedrio de cada julgador.

5.1.3 Espécies de crimes omissivos

Por fim, antes de centralizar o estudo na figura dos crimes omissivos impróprios, centro de preocupação no que tange à responsabilidade por omissão e os programas de *compliance* no estágio atual da legislação brasileira, convém apresentar a diferenciação entre as espécies de conduta omissiva. Em outros termos, após concluída que a conduta é omissiva e não ativa, é imprescindível, ainda, diferenciar se se trata de omissão própria ou imprópria, as duas espécies de crimes omissivos previstos na legislação e sujeitos à punição.

Numa definição preliminar, é possível asseverar que os crimes omissivos próprios consistem em omissões violadoras de prescrições estatais específicas[455], que encarnam um dever geral de fazer o bem, ou dever geral de solidariedade com o próximo. Nos crimes omissivos próprios, o sujeito tem uma obrigação principal de agir, de sorte que a omissão é, em si, criminosa, ainda que não haja a produção do resultado lesivo, que, via de regra, é prescindível à consumação delitiva.

Os crimes omissivos impróprios, por seu turno, são aqueles nos quais um sujeito com características determinadas, que possui uma especial relação com o bem jurídico protegido, tem um dever específico de agir para evitar a produção de um resultado lesivo evitável, sob pena de responder pela produção deste. Esta obrigação de agir e de evitar o resultado (evitável) é construída à luz do critério do garantidor, que será visto com mais acuidade nas linhas seguintes.

Segundo aqui se defende, seguindo a premissa já sustentada, dentre outros, por Kaufmann[456] e por Janaina Paschoal[457], os crimes omissivos

[454] TAVARES, 2012, p. 289.
[455] PASCHOAL, 2011, p. 34.
[456] KAUFMANN, 2006, p. 284.
[457] PASCHOAL, op. cit., p. 37.

impróprios diferenciam-se dos omissivos próprios a partir do critério tipológico[458], uma vez que são tipos penais incriminadores obtidos por meio de uma tipicidade mediata, ou seja, nesses casos, para o adequado juízo de tipicidade, o intérprete deverá conjugar a norma que impõe o dever de garantia com aquela que incrimina a ocorrência de um resultado ao bem jurídico[459]. Ao revés, nos tipos omissivos próprios, a conduta omissiva já está descrita especificamente em um tipo legal, a exemplo do que ocorre com o artigo 135 do Código Penal pátrio (omissão de socorro).

A posição de garantidor do bem jurídico, segundo aqui se entende, não serve de elemento diferenciador dos tipos omissivos próprios dos omissivos impróprios[460]. *Nada obstante, conquanto não sirva como elemento diferenciador dos tipos omissivos próprios ou impróprios, a delimitação do garantidor é um elemento típico dos crimes omissivos impróprios, representando um pressuposto para a responsabilização pelo resultado lesivo.* Em outros termos, somente o garantidor pode responder pelo resultado, porque é o sujeito especial que possui a obrigação legal de evitar o resultado lesivo evitável.

Por lealdade acadêmica, é importante assinalar que a posição aqui adotada não é majoritária (como, aliás, quase nada em matéria de omissão). Consoante assinalam Janaina Paschoal[461] e Tavares[462], há, além do critério tipológico, existem os critérios do garantidor e do resultado. O primeiro já foi apresentado nas linhas anteriores e o segundo diferencia omissão própria de omissão imprópria à luz da exigência ou não da produção do resultado para a consumação do crime. Nos omissivos próprios, não se exigiria a produção do resultado naturalístico e de dano para a consumação, sendo suficiente a não realização da conduta descrita; já nos crimes omissivos impróprios, o dever de agir vem acompanhado do dever de evitar o resultado, de modo que a consumação estaria condicionada à produção deste ultimo. Entende-se que este critério não é suficiente para a diferenciação, porque, repise-se, o maior problema

[458] Concordamos, aqui, com a posição de Janaina Paschoal que defende ser o critério tipológico o critério diferenciador entre as duas espécies, nada obstante outros respeitáveis nomes na doutrina nacional adotem um critério diverso, como o critério da posição do garantidor. Cf. PASCHOAL, 2011, p. 36.

[459] TAVARES, 2012, p. 313.

[460] Exemplo clássico é o caso do crime de omissão de notificação de notificação de doença (artigo 269) que, justamente por estar expresso em um tipo mandamental específico, em que pese preveja um sujeito especial, deve ser considerado como omissivo próprio.

[461] PASCHOAL, op. cit., p. 36-38.

[462] TAVARES, op. cit., p. 307-311.

dos crimes omissivos impróprios é o juízo de adequação mediata, ou seja, a ausência de previsão específica da conduta incriminada em um tipo penal.

De se assinalar, por fim, que, segundo Tavares, a melhor forma de distinção seria a junção dos critérios tipológico e do garantidor[463], o que também se refuta, tendo em vista que a posição de garantidor não é um critério diferenciador e sim elemento estrutural dos crimes omissivos impróprios, ou seja um elemento que compõe o tipo e é imprescindível para a responsabilização do agente.

5.1.4 A (in)constitucionalidade e (i)legitimidade dos delitos omissivos impróprios

Diante do exposto, verifica-se que os tipos omissivos impróprios são tipos que não estão diretamente escritos, ou seja, não estão expressos em um tipo penal incriminador específico, apresentando-se, portanto, como um tipo aberto. Nestes casos, imputa-se a um sujeito que se omitiu um resultado criminoso previsto em um tipo penal incriminador que, via de regra, é cometido por ação. Esta imputação é possível graças ao que se convencionou chamar de "cláusula da equivalência", uma cláusula genérica que, "acoplada" ao tipo penal incriminador de um resultado, permitiria uma construção dogmática de tipicidade mediata que redunda em responsabilidade penal. No Brasil, a cláusula da equivalência foi estabelecida no artigo 13, §2º, dispositivo que, segundo Zaffaroni, foi inspirado no artigo 13 do Código Penal Alemão[464], e que guarda semelhança com outros ordenamentos, a exemplo do artigo 11 do Código Penal Espanhol[465] e

---

[463] TAVARES, 2012, p. 309.

[464] "§ 13. Comisión por omisión
(1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produciera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.
(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1." Cf. LÓPEZ DIAZ, Claudia (Traductora). Código Penal Alemán: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

[465] "Artículo 11 Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:
a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

artigo 10[466] do Código Penal Português[467].

Do que fora exposto, duas conclusões são obtidas. A primeira é a de que alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, equiparam a não realização de uma conduta (omissão, aqui compreendida como ausência de movimento corporal em um curso causal específico) que evitaria um resultado lesivo à realização de uma conduta que produziu este mesmo resultado lesivo. Esta equiparação (cláusula de equivalência) ocorre por força de um dever de agir para evitar o resultado que aparece genericamente descrito e, ainda, não é, em princípio, limitado a resultados específicos. Ou seja, é uma equiparação genérica, que permite a construção de uma responsabilidade penal por meio de interpretação analógica ou construção analógica, como bem ressaltou Zaffaroni[468].

A segunda conclusão é uma decorrência da primeira: a punição a título de omissão imprópria, justamente por ser uma construção mediata, analógica, é uma ofensa clara ao Princípio da Legalidade Penal[469], tendo em vista que não deve haver crime sem que haja lei anterior, escrita, certa e (cumulativamente) taxativa.

Apenas para exemplificar, quando se afirma que responde por homicídio uma mãe que não amamenta o filho que, em decorrência disto vem a falecer, ou que um gestor de uma sociedade empresária que não agiu (não empregou

---

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Cf. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín oficial del Estado, Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

466 "Comissão por acção e por omissão

1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)." PORTUGAL. Lei n. 59/2007, de 4 de Setembro. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. Diário da República, Lisboa, 4 set. 2007. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

467 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Qui peut et n'empêche pèche, pero no delinque: (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos). In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord.). Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memorian". España: Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 1.

468 Ibid., p. 2.

469 Sobre o princípio da legalidade, a doutrina já se debruçou inúmeras vezes, desde estudos genéricos a estudos específicos. Remete-se o leitor para alguns aqui julgados importantes, sem, contudo, que isto represente qualquer demérito a outras obras também relevantes. Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

energia corporal para interromper o curso causal ou o dano/perigo ao bem jurídico) e não evitou responde por crime ambiental, ou de lavagem de capitais, ou financeiro, cuja ação se desenvolveu no contexto da sociedade empresária por ele gerida, é evidente que não havia, no ordenamento, nenhum mandamento expresso que estabelecesse a esta mãe, ou a este gestor, de forma *clara e taxativa*, respectivamente, alimente seu filho ou evite crimes dos seus subordinados, sob pena de responder pelos resultados criminosos. Estes fatos podem ser até moralmente reprováveis, juridicamente reprováveis em outras searas (cível, administrativa, empresarial), mas, sem sombra de dúvidas, alça-los à qualidade de crime sujeito à restrição de liberdade sem imposição certa prévia não protege o cidadão da arbitrariedade estatal[470].

Zaffaroni afirma que os crimes omissivos impróprios tem sua razão de ser na tradição fundamentada em preceitos canônicos, tendo sido admitida pelo Direito Pré e Pós Iluminista. Segundo a frase trazida pelo autor, de autoria do jurisconsulto Francês Antoine Loysel, *qui peut et némpêche, pèche*, algo que, numa tradução livre, pode ser entendido como aquele que pode e não evita, peca. Os glosadores, ainda conforme os ensinamentos de Zaffaroni, adotavam esta premissa, defendendo que quem não evita um crime estando obrigado a isto responde por ele, embora a responsabilidade adote a cláusula de correspondência, segundo a qual a gravidade da omissão é menor do que a da comissão[471].

Aqui, concorda-se integralmente com a visão de Zaffaroni, para quem a equivalência da omissão à comissão, ainda que com reprovabilidade menor, só pode ser estabelecida em um tipo penal próprio, ou seja, em um tipo penal específico, como ocorre na omissão própria[472]. Toda a construção legal da omissão imprópria, embora possibilitada pelo artigo 13, §2º do Código Penal pátrio é inconstitucional e como tal deveria ser refutada e excluída do

---

[470] "A lex certa, portanto, é um mecanismo de limitação de abusos não só legislativos, mas também judiciais. Com efeito, uma política criminal garantista recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, visto que a observância de tal conselho é que irá garantir a integridade do princípio da separação de poderes, afastando ao máximo as possibilidades legais de o juiz, in concreto, estabelecer o verdadeiro alcance da norma. Mas, por outro lado, além de funcionar como uma recomendação legiferante, possui este desdobramento do princípio da legalidade a eficácia de fornecer ao Poder Judiciário um recurso de controle da correta observância do processo de produção das leis em qualquer Estado de Direito". Cf. SCHMIDT, 2001, p. 237.

[471] ZAFFARONI, 2001, p. 6.

[472] Ibid., loc. cit.

ordenamento, por violação inequívoca ao artigo 5º, XXXIX. “É inadmissível que se pretenda salvar a legalidade penal com o dever que emerge de outras leis, como pode ser a lei civil”[473], assinalou Zaffaroni, conclusão a que se adere integralmente.

Nada obstante, em que pese a inconstitucionalidade gritante destes tipos penais, os crimes omissivos impróprios são cada vez mais vistos na jurisprudência e, com muita frequência, pessoas são responsabilizadas a este título. Assim, é de se afirmar que, por mais relevante e necessária que seja a discussão acadêmica de inconstitucionalidade e ilegitimidade destes tipos penais, esta tese de doutorado não pode, nem deve, esgotar-se neste ponto.

Em outros termos, a partir de uma visão pragmática, e tendo em vista a necessidade de Teses acadêmicas reverberarem em algo positivo e útil para a sociedade, deve-se avançar, estabelecendo critérios que possam reduzir o âmbito irrestrito da cláusula de equivalência em relação ao problema central que aqui está posto, qual seja, a responsabilidade penal por omissão e a inobservância dos deveres de *compliance*. Assim, em que pese a inconstitucionalidade, já que a responsabilidade por omissão imprópria vem ocorrendo, e se relaciona aos problemas advindos da positivação dos programas de *compliance*, apresentar-se-á a estrutura dos crimes omissivos que possa oferecer maiores garantias à “indevida ingerência” estatal nestes casos.

5.1.5 Breves notas sobre estrutura típica dos crimes omissivos impróprios

Consoante o que fora outrora exposto, a ausência de um tipo incriminador específico nos crimes omissivos impróprios faz com que seja necessário e imprescindível adotar requisitos rígidos para a configuração destes crimes, pois, do contrário, haveria a permissão de um alargamento indevido da atuação estatal na liberdade dos agentes. Dessa forma, os crimes omissivos impróprios, para serem configurados no caso concreto, implicam, consoante assinalou Janaina Paschoal,

> além da presença da figura do garantidor, a ocorrência de um resultado naturalístico ao objeto material da ação (crimes materiais ou de resultado naturalístico) e, ainda, na possibilidade concreta do sujeito de agir para evitar um resultado que poderia ser evitado com a sua conduta, de modo

[473] ZAFFARONI, 2001, p. 6.

a se afastar a responsabilidade objetiva.[474]

São, portanto, cinco requisitos estruturais dos crimes omissivos impróprios que devem ser verificados para que se possa realizar o juízo de tipicidade mediata das condutas: Posição de garantidor, capacidade de ação do garantidor, nexo de causalidade, produção de um resultado, análise do elemento subjetivo. Há, ainda, que ser feita a análise da autoria e participação nos crimes omissivos, que apresenta peculiaridades em relação aos crimes comissivos. E, evidentemente, devem ser analisados os demais elementos que compõem o conceito analítico de crime, como a ilicitude do fato e a culpabilidade do agente, segundo a doutrina majoritária, e a punibilidade da conduta, para os que adotam o conceito quadripartido. Nesta tese, o foco restringe-se ao elemento tipicidade dos crimes omissivos, o mais polêmico na doutrina.

Os requisitos destes crimes omissivos serão verticalizados nos subtópicos vindouros.

5.1.5.1 O dever de garante e o seu fundamento

O dever de garante, como já exposto outrora, embora não sirva de elemento distintivo entre os delitos omissivos próprios e os impróprios, é um dos requisitos essenciais para a realização do juízo de tipicidade mediato nos crimes omissivos impróprios, pois se trata do dever que impõe, a determinados sujeitos, a obrigação de agir e de evitar o resultado, sob pena de responder por este como se tivesse dado causa. Além disto, é um elemento essencial para a verificação da autoria nos crimes omissivos impróprios, que são delitos especiais quanto ao sujeito[475]. Segundo ensina Tavares, "a doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios tem como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pesa sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal"[476]. Quando se aborda a temática do fundamento

[474] PASCHOAL, 2011, p. 35.
[475] Ibid., p. 44.
[476] TAVARES, 2012, p. 314. Importante assinalar que o autor discorda que o dever de garantidor possa marcar a unidade entre a ação e a omissão, pelas seguintes razões: "a ação não depende de uma posição de garantidor, como a omissão imprópria, daí não se poder equiparála por isso; b) a ação possui um sujeito que, efetivamente, domina a causalidade, mas esse domínio não pode ser igualado ao domínio sobre a custódia, porque o domínio sobre a custódia só terá relevância, como tal, se apreciado ex post, quando o resultado efetivamente vier a ocorrer; c) a omissão está fundamentalmente vinculada a um dever de impedir o resultado, e,

do dever de garante, o objetivo é perquirir a razão pela qual é possível imputar a um sujeito a obrigação de agir para evitar o resultado lesivo. Este tema, como quase tudo em matéria de omissão, é alvo de muita divergência teórica.

Há algumas teorias que visam a explicar o fundamento do dever de garante. Antes de abordar, com a acuidade merecida, estas teorias, faz-se imperioso assinalar que não é pretensão deste estudo exaurir o tema, tampouco ditar a ultima palavra na matéria sob análise. Ao revés, consoante já se advertiu, o objetivo é apontar respostas que tratem dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade penal a título de omissão imprópria, ciente desta hercúlea tarefa, tendo em vista as dificuldades e divergências que o assunto enseja. O que se apresentará, portanto, são os pressupostos teóricos que aqui se segue para responder ao problema central posto, consistente na responsabilidade penal por omissão relacionada à inobservância dos deveres de *compliance*.

Feitas estas considerações, impende tratar das principais teorias que fundamentam o dever de garante dos sujeitos.

Neste sentido, merece destaque, em primeiro lugar, a teoria dos deveres formais, desenvolvida por Feuerbach. Feuerbach foi um filósofo e jurista alemão que viveu nos séculos XVIII e XIX, considerado por muitos juristas atuais como o "pai" do Direito Penal Moderno. Segundo Zaffaroni, Feuerbach fora o responsável pela estruturação do Direito Penal nos termos que se conhece na modernidade[477].

Conforme se extrai da leitura da tese de doutoramento específica sobre a teoria de Feuerbach e sua influência no pensamento penal moderno, elaborada por Rafael Mafei Rabelo Queiroz, as principais obras do autor foram publicadas quando a Bavária sequer dispunha de leis penais com a estrutura moderna, uma vez que os diplomas existentes estavam foram do parâmetro moderno no que tange à definição dos crimes e das penas[478]. Deste modo, a sua teoria foi fundamental para o Estado, que se apropriou dos trabalhos do autor para a

---

pois, a uma norma determinativa extrapenal, enquanto a ação a uma norma proibitiva penal". Cf. TAVARES, op. cit., p. 161.

[477] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefacio. In: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal*: común vigente en Alemania. Tradução de Eugenio Raúl Zafaroni e Irma Hagemeir. Argentina: Hammurabi, 1989, p. 18.

[478] QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX*: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. 2009. 295 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 144.

construção da Lei Penal como se conhece hoje[479]. Por certo, é importante a ressalva de que Feuerbach não consolidou, sozinho, estes preceitos, mas foi um dos grandes responsáveis pela construção do que se pode chamar de Direito Penal Contemporâneo[480].

Sob a temática em questão, Feuerbach defendia que o fundamento da posição de garante do sujeito deveria ser extraído de um dever de agir contido no direito positivo, ou seja, na lei ou no contrato. Há uma razão histórica para a formulação da teoria de Feuerbach nos termos outrora expostos: à época do desenvolvimento desta teoria ainda havia uma estreita ligação entre o "incipiente" Direito Penal e as "filosofias morais da punição e da responsabilidade"[481], além de inexistir diferenciação completa entre o Direito Criminal e o Processo Penal, bem como outros ramos que também previam ilícitos públicos. Desta forma, Feuerbach vai se ocupar de conferir à legalidade o papel crucial de garantia e segurança jurídica à aplicação do Direito Criminal. Consoante ensina Jorge de Figueiredo Dias, a Teoria Formal é fruto do pensamento naturalista e positivista dominante no Direito até o princípio do século XX, que objetivava trazer "certeza e segurança do direito", bem como "garantia aos cidadãos e da paz jurídica comunitária ínsitos ao *nullum crime sine lege*"[482]. Assim, dever-se-ia exigir, para fundamentar a punibilidade da omissão imprópria, um dever de agir existente em uma lei ou em um contrato, ou seja, fundado em Direito Positivo, sob pena de flagrante ofensa à legalidade e, por consequência, às liberdades que os cidadãos faziam jus face ao Estado.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, à teoria dos deveres formais Stübel acrescentou, posteriormente, um terceiro fundamento, baseado em um "costume jurisprudencial": a criação de uma situação de perigo anterior pelo agente, posteriormente denominada de ingerência. Bernd Schunemann discorda da inclusão das situações de ingerência na teoria dos deveres formais, assinalando, inclusive, que os partidários da teoria formal e da ingerência apresentam teses conflitantes, "logicamente excludentes"[483], uma vez que o dever

---

[479] QUEIROZ, 2009, p. 148.
[480] Ibid., p. 162.
[481] Ibid., p. 141.
[482] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 935.
[483] SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um

jurídico extrapenal teria sido "inventado apenas para o Direito Penal e inexistente fora dele" e, por isto, incompatível com a exigência de um dever formal. Nada obstante, o próprio autor em questão afirma que o Tribunal do Império, na Alemanha, combinou ambas as teorias, incorrendo em grave erro ao fazê-lo.

Esta teoria dos deveres formais, com o acréscimo da ingerência, foi acolhida na legislação brasileira, após a reforma do Código Penal em 1984. O artigo 13, parágrafo segundo, é cristalino em estabelecer o fundamento do dever de garante: em primeiro lugar, estabelece-o para aquele sujeito que tenha, por lei, uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; em segundo lugar, àquele que assumiu a responsabilidade de evitar o resultado lesivo e, por fim, àquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado lesivo.

Muito embora a teoria dos deveres formais tenha sido positivada no Ordenamento jurídico pátrio, faz-se mister, sobretudo por lealdade acadêmica, assinalar que a referida teoria tem sido alvo de muitas críticas doutrinárias, ao ponto de Jorge de Figueiredo Dias chegar a afirmar que se encontra, doutrinaria e jurisprudencialmente, abandonada, uma vez que a compreensão naturalista e positivista do Direito fora substituída, principalmente no Direito Penal, pela matriz de referência a valores no estilo da orientação neokantiana[484]. A teoria formal sofreu abalos, sobretudo, após a Teoria das Funções, desenvolvida por Armin Kaufmann em 1959, na qual o critério formal é, paulatinamente, abandonado pelo critério material. Em outros termos, Armin Kaufmann contribuiu de maneira marcante para que se substituísse o critério puramente formal.

Armin Kaufmann, em sua teoria das funções, estabelece que o fundamento do dever de garante não repousa no rigor das fontes formais, conforme defendido outrora, e sim "em relações especiais de proteção, assumidas pelas respectivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados"[485]. Nas palavras do autor:

> A posição de garantidor consiste, pois, e uma posição de proteção a respeito de um bem jurídico. A tarefa da defesa do garantidor pode orientar-se em duas direções: de um lado, o sujeito do comando pode ter que estar 'vigilante' para proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, venham de onde venham: aqui a função de proteção consiste na 'defesa em todos os flancos' do concreto bem jurídico contra perigos de todo o gênero. Esta imposição de tarefas prevalece naquelas

---

caos. In: _____. *Estudos de direito penal direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 167.

[484] DIAS, 2007, p. 935.

[485] TAVARES, 2012, p. 137.

> posições de garantidor que estão reconhecidas diretamente em um preceito jurídico, assim como naquelas baseadas na assunção fática de deveres contratuais. Por outro lado, a posição de garantidor pode consistir na supervisão de determinada fonte de perigos, não importando que bens jurídicos são afetados a partir desta fonte. A missão de proteção de garantidor tem por conteúdo o 'estancar a concreta fonte de perigos: só secundariamente, como efeito reflexo, surge a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigos. A partir desta perspectiva do bem jurídico concreto, a função protetora do garantidor se reduz a uma só direção de ataque: àquela que ameaça o bem jurídico a partir da fonte à qual deve controlar. Desta maneira se propõe a missão de proteção quase sempre nos casos de ingerência e para os perigos que surgem no âmbito social de domínio de uma pessoa, assim como nas posições de garantidor derivadas de relações de confiança especiais.[486]

Na esteira do que ensina Juarez Tavares, após a formulação de Kaufmann, foram desenvolvidas outras teorias que defendem o fundamento material do dever de garante, todas elas inspiradas pelas teses iniciais deste autor. Destaca Tavares as teorias de Wolff – o fundamento seriam os deveres decorrentes de uma relação de confiança – de Rudolphi – deveres vinculados à função de proteção –, de Jakobs – deveres vinculados ao princípio da imputação – e, também, de Bernd Schunemann – domínio sobre os fundamentos do resultado[487].

Dentre todas estas, optou-se por analisar de forma mais verticalizada a teoria de Bernd Schunemann. A escolha, contudo, não se deu de forma aleatória, mas sim pelo fato de ser possível observar a influência do mencionado autor na temática em questão, notadamente nas concepções que tratam da responsabilidade penal por omissão e programas de *compliance*, nos termos já assinalados na introdução deste tópico e no capítulo 5. Além disto, é de se afirmar que a escolha se justifica por ser Bernd Schunemann, hoje, um dos principais discípulos de Claus Roxin, com produção acadêmica notável (quase duas centenas de artigos, além de traduções para línguas estrangeiras e um número expressivo de monografias, consoante afirmado por Luís Greco[488]) e, ainda, com dedicação à temática da omissão desde o ano de 1971, quando da publicação da sua dissertação[489].

Feitas estas explanações, é de se reiterar que Bernd Schunemann é um

---

[486] KAUFMANN, 2006, p. 289-290.
[487] TAVARES, 2012 p. 138.
[488] GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor: a propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 7.
[489] SCHÜNEMANN, 2013, p. 160.

dos grandes opositores à teoria dos deveres formais como fundamento atual do dever de garante. Como será visto com maiores detalhes nas linhas subsequentes, Bernd Schunemann estabelece um fundamento material do dever de garante, baseado no critério de domínio. Importante assinalar, de maneira prévia, que toda a construção de Bernd Schunemann é fundada no Direito Positivo Alemão, o qual estabelece a punibilidade dos crimes omissivos impróprios de maneira distinta da que fora estabelecida pelo ordenamento jurídico pátrio. De acordo com a legislação alemã, a omissão imprópria é punida como crime comissivo nas hipóteses em que o sujeito devesse responder juridicamente para que o resultado não se produzisse e, ainda, quando a omissão corresponder à realização do tipo legal de ação (cláusula de equivalência)[490].

Segundo Bernd Schunemann, a teoria dos deveres formais padece de vícios e inconsistências, que podem ser assim resumidos: em primeiro lugar, ao fundamentar o dever de garante em aspectos legais e contratuais extrapenais, confunde a violação de um dever jurídico extrapenal com os critérios de imputação jurídico-penais, que, na sua concepção, devem ser mais estritos e diferenciados[491]; os aspectos extrapenais, na visão deste autor, seriam apenas um epifenômeno que acompanha, porém não constitui a razão da incriminação da omissão imprópria, uma vez que não é qualquer encargo legal ou civil que justificará a punição do crime omissivo.

Em outros termos, a crítica de Bernd Schunemann à teoria dos deveres formais é formulada tendo como base a ideia defendida por ele de que, muito embora o Direito Penal seja subsidiário – ou seja, atue como *ultima ratio* das incriminações, selecionando, entre a matéria ilícita, aquelas condutas que merecem e requerem pena (dignidade penal e carência de tutela)[492] – esta subsidiariedade não conduz á subordinação e identidade de conceitos penais e extrapenais. O Direito Penal não pode criar ilícitos em zonas de permissão dos outros ramos do Ordenamento, como decorrência de sua subsidiariedade e

---

[490] § 13. Comisión por omisión: (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produciera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.; (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1". Cf. LÓPEZ DIAZ, 1999.

[491] SCHÜNEMANN, 2013, p. 161; Id. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del Derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 265.

[492] Id., 2009, p. 267.

acessoriedade, mas esta limitação não significa, ainda na visão do autor, que os conceitos e deveres criados nestes outros ramos devem ser importados automaticamente, ignorando-se as distintas funções que incumbem ao Direito Penal e ao Direito Civil, por exemplo.

A subsidiariedade, aplicada à análise da equiparação entre a ação e a omissão, e ao fundamento do dever de garante, traz a proibição, para o Direito Penal, de criar deveres jurídicos em hipóteses de permissão dos outros ramos do ordenamento; isto, contudo, não conduz à conclusão de que a mera existência de um dever jurídico extrapenal implica, necessariamente, um dever de garante penal[493]. Seria necessário um filtro aos deveres jurídicos previstos em outros ramos do Ordenamento, sob pena de ofensa à subsidiariedade e extensão indevida da incriminação em matéria de omissão, consoante se extrai dos ensinamentos do referido autor. Desta forma, a teoria dos deveres formais não serve para oferecer "um critério diagnóstico-distintivo para a descoberta da omissão equiparável à ação"[494], limitando-se a descrever uma condição, nem necessária, nem suficiente, para a equiparação.

Diante destas críticas, o autor vai afirmar que não é um dever formal, oriundo de normas extrapenais, que fundamenta o dever de garante nos crimes omissivos, e sim outra razão, extraída da equiparação[495] da estrutura ontológica da ação e da omissão[496]. Segundo Bernd Schunemann, a equiparação entre ação e omissão não pode se dar apenas no aspecto normativo, sem uma base ontológica de suporte, de modo que deve ser buscada uma semelhança ontológica que fundamente a equiparação normativa[497]: e, conforme se extrai do autor, esta equiparação só seria possível a partir do critério do domínio.

Explique-se.

Para Bernd Schunemann, o domínio sobre o resultado é o fundamento ontológico presente tanto na ação quanto na omissão: nos crimes comissivos, a punibilidade se fundamenta quando o sujeito exerce um domínio sobre um acontecimento que conduz à lesão a um bem jurídico; desta forma, nos crimes omissivos, o fundamento da posição de garante deve ser o domínio sobre o

---

493 SCHÜNEMANN, 2009, p. 270.
494 Id., 2013. p. 162.
495 Este assunto já fora abordado no capitulo 5, para o qual se remete o leitor.
496 SCHÜNEMANN, 2013, p. 163.
497 Ibid., p. 165.

fundamento do resultado[498]. Em outros termos, só será possível estabelecer que um sujeito deve responder por um resultado, a título omissivo, quando tinha possibilidade de dominar a ocorrência deste resultado, que se dá em duas grandes situações: domínio sobre o desamparo de um bem jurídico – nos casos das comunidades de vida, de perigo, assunção de função de guarda sobre um bem desamparado; e no domínio sobre uma causa essencial ao resultado – nas hipóteses em que o sujeito é um garantidor dos deveres de asseguramento (controle sobre coisas perigosas) ou quando o sujeito tem um domínio sobre pessoas ou funções perigosas.

Segundo Bernd Schunemann, apenas a sua teoria tem o condão de responder a problemas clássicos em matéria de omissão, a exemplo do já citado caso da babá que se omite de uma ação de salvamento do bebê ao saber da ilicitude do seu contrato – que seria garante independente da licitude ou não do contrato, por ter assumido faticamente a guarda da criança – bem como da ausência de responsabilidade da babá que não comparece ao serviço – que não seria garante, mesmo tendo o contrato válido por não ter assumido, naquela ocasião, a guarda da criança. Além disto, assinala Bernd Schunemann que a teoria por ele formulada também é a mais idônea para responder a três problemas atuais em matéria de omissão: a responsabilidade penal do empresário (*rectius*, administrador de sociedades), funcionário público e produtor de mercadorias.

No que tange à responsabilidade penal do empresário, Bernd Schunemann assevera que, no caso dos crimes cometidos no marco de uma empresa, há um problema específico de cisão entre a ação e a responsabilidade, no sentido de que, como regra, a lesão ao bem jurídico é produzida por uma pessoa física que não é verdadeiramente responsável, ou não tem responsabilidade exclusiva sobre o fato.[499] Isto ocasiona um problema de imputação jurídico penal nestes crimes, que, em regra, não existe na criminalidade tradicional.

Nesse sentido, a melhor solução para definir o dever de garante é pautada no "domínio sobre a causa do resultado", a qual se justificaria a partir do "domínio da vigilância exercido com os meios de poder do agrupamento (direção

[498] SCHÜNEMANN, 2013, p. 171.

[499] Id. Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa. Traducción de Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [Madrid], v. 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 531.

e informação) sobre os membros subordinados da mesma e/ou em virtude da custódia sobre os objetos perigosos do patrimônio empresarial"[500]. Os deveres de organização, contudo, não estariam relacionados a todos os perigos, mas apenas àqueles conexos às questões fundamentais que competem a toda a direção da empresa[501].

Eduardo Demetrio Crespo[502], dissertando sobre o tema e filiando-se à teoria de Bernd Schunemann, assinala que o "empresário" deve ser visto como garantidor dos riscos de resultados que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos cometidos por seus subordinados. Segundo o referido autor, a teoria da imputação objetiva é a que se deve buscar para obter os traços comuns entre os crimes comissivos por ação e por omissão, fundada no critério de domínio do fato[503]. Crespo critica Roxin ao afirmar que a posição de garante não pode ser fundada no critério da infração do dever, porque essa posição normativista extrema torna típica qualquer conduta do *intraneus*, por mais remota que seja. Para Crespo, o dever de garante do empresário pelos atos de seu subordinado não é genérico, devendo se restringir àqueles "vinculados ao estabelecimento", entendidos como aqueles que só "são cometidos por ocasião da atividade que se desenvolve", porém não como consequência dessa atividade. A limitação ocorreria porque o fato foi cometido por alguém plenamente capaz, de maneira que não subsistiria um dever geral de garantia. Segundo o autor, essa responsabilidade por fatos de terceiros não ofenderia o princípio da pessoalidade da pena, porque este princípio não se contrapõe com o dever que o empresário tem de impedir que se cometam fatos delitivos com a utilização de fontes de perigo da empresa[504].

Crespo assinala que, nas empresas modernas, é muito frequente que haja divisão de tarefas vertical, ou seja, o superior hierárquico delega suas funções ao seu subordinado. Essa divisão de tarefas não afasta, contudo, o dever do superior hierárquico enquanto "garantidor primário", que tem o dever de evitar

---

[500] SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco da empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. Tradução de Beatriz Espínola Tártalo. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madri, v. 55, n. 1, p. 9-38, jan./abr. 2002, p. 30.

[501] Ibid., p. 30.

[502] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: _____; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón (Dir.). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008, p. 61-87.

[503] Ibid., p. 69.

[504] Ibid., p. 73.

que as atividades normais da organização causem prejuízos a terceiros[505].

Consoante defende o próprio Bernd Schunemann, a sua teoria do fundamento do dever de garante é compatível com o Princípio da Legalidade, pois, na sua concepção, o Princípio da Legalidade "não prescreve a máxima determinação possível, senão somente a *determinabilidade suficiente* das normas penais"[506]. Seria possível extrair uma máxima determinabilidade da cláusula de equivalência a partir do critério do domínio e, com isto, haveria conformidade e observância com o Principio da Legalidade.

Após revisão das mais importantes teorias que tratam da questão do fundamento do dever de garante, é chegado o momento de analisar criticamente as referidas teorias, tendo, como base, o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Neste sentido, é importante assinalar que a teoria desenvolvida por Bernd Schunemann – bem como outras teorias que buscam o fundamento material do dever de garante [507]– realiza, em muitos casos, uma considerável ampliação nas fontes do dever de garantidor, permitindo a punição por omissão imprópria em situações originalmente não abarcadas pela teoria dos deveres formais. Isto fora, recentemente, assumido pelo próprio autor, em algumas oportunidades, citadas de maneira apenas exemplificativa nas linhas a seguir.

Em primeiro lugar, observa-se a defesa da ampliação quando o autor trata da posição de garantidor do "dono ou do administrador de uma empresa privada com relação às condutas que lesionam bens jurídicos praticadas pelo empregado"[508]. Neste caso, Bernd Schunemann é categórico em assinalar que a teoria do dever jurídico formal fracassa em fundamentar o dever de garante nestes casos, ao passo que a teoria do domínio permite, claramente, esta

---

[505] DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 75.

[506] "El principio de legalidade, pues, no prescribe la máxima determinación posible, sino solo la determinabilidad suficiente de las normas penales". Cf. SCHÜNEMANN, 2009, p. 316.

[507] "Ao contrário do que propõe, no entanto, a doutrina, a alteração de rumos na sedimentação dos deveres de garantidor não implica uma reorganização dogmática, de modo a clarificar o conteúdo destes deveres. Com exceção de algumas ponderações, como a de Bernd Schunemann quanto ao domínio ou poder relativamente aos fundamentos da produção do resultado, que podem servir de fontes delimitadoras, o que se obtém com isso é, em linhas gerais, a ampliação da responsabilidade. Mediante um raciocínio amparado por interesses sociais se logra equiparar ação, ou lhe provocar uma correspondência a uma conduta positiva e justificar o déficit de legitimidade dos delitos omissivos impróprios. Quer dizer, então, que, apesar das tentativas de construção dogmática no sentido de aprofundar o conteúdo dos deveres de garantidor, a questão principal de se proporcionar uma base sólida aos delitos omissivos impróprios, a fim de ajustá-los ao princípio da legalidade, continua sem solução adequada." Cf. TAVARES, 2012, p. 139.

[508] SCHÜNEMANN, 2013, p. 176.

ampliação, fundada na premissa de que, se o subordinado cumpre as ordens do chefe, este possui domínio sobre o fato, e é, portanto, garantidor da atuação daquele.

Esta possibilidade de ampliação dos casos em que um sujeito é garante também fica nítida quando o autor comenta e elogia a doutrina e jurisprudência espanholas que, a despeito da clara previsão da teoria dos deveres formais no artigo 11 do respectivo Código Penal, não é "escrava da lei" e permite a interpretação tácita "de forma tão extensiva, que várias outras formas de posição de garantidor, que a rigor não poderiam ser subsumidas no dispositivo, podem ser reconhecidas".

Não se concorda com a expansão dos fundamentos do dever de garante proposta pelo critério do domínio desenvolvida por Schuneman, por duas razões. A uma, porque a expansão do dever jurídico penal de garante além das hipóteses que podem ser extraídas da teoria dos deveres formais representa uma gravíssima ofensa ao Princípio da Intervenção mínima e ao caráter subsidiário do Direito Penal. A duas porque isto seria incompatível com a disposição expressa da norma contida no Ordenamento Jurídico Pátrio, extraída da previsão do artigo 13 do Código Penal.

No que concerne à violação ao Princípio da intervenção mínima e ao caráter subsidiário do Direito Penal, é importante ressaltar que é entendimento assente na doutrina que o Direito Penal deve ser aplicado apenas em casos de violações extremas a bens jurídicos, devendo ser o ultimo recurso estatal em matéria de sanção. Trata-se de um consenso sobre uma opção político-criminal que deve ser seguida pelo Legislador infraconstitucional, muito embora tal Princípio não esteja expresso no texto Constitucional, como bem assinala Nilo Batista[509]. O princípio da intervenção mínima estabelece o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. A fragmentariedade estabelece que o Direito Penal é um sistema descontínuo de ilicitudes, de modo que, a tutela penal não protege todo e qualquer ilícito praticado contra os bens jurídicos, mas apenas um fragmento destes, dotados de maior gravidade. No que tange à subsidiariedade, trata-se de considerar o Direito Penal como o "remédio sancionador extremo", o "soldado de reserva estatal", que só será chamado a atuar quando ineficientes

[509] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

todas as demais formas de controle realizadas pelo Direito. O caráter subsidiário do Direito Penal relaciona-se à discussão da autonomia do deste, ou seja, em saber se se trata de um direito constitutivo ou sancionador.

É importante assinalar, desde logo, que o entendimento que aqui se segue é o de que o Direito Penal é sancionador, ou seja, os ilícitos penais não se fazem contrapor aos ilícitos dos demais ramos do ordenamento, tendo em vista que o ilícito é único no Ordenamento, não cabendo ao Direito Penal constituir ilícitos que não guardem correspondência com os demais ramos do Direito.

Diante do exposto, admitir-se a criação de um dever jurídico penal que não encontra fundamento em ilícitos cíveis, segundo aqui se defende, significa permitir a ampliação do Direito Penal além dos casos proibidos nos outros ramos do Ordenamento, em uma clara ofensa à subsidiariedade. Muito embora a obra original de Bernd Schunemann demonstre esta preocupação de subsidiariedade – que não encontrou eco nos textos mais novos – já àquela época era possível perceber a violação à subsidiariedade. Isto porque o autor assinala que seria possível a criação de um dever jurídicopenal em zonas neutras do Direito extrapenal. Ora, tendo em vista a premissa do Princípio da Legalidade para os particulares, no sentido de que tudo que não está vedado está permitido, estabelecer um dever jurídico penal nesta lacuna de proibição cível significa expandir a responsabilidade penal para além dos ilícitos civis, em grave e nítida violação à intervenção mínima e subsidiariedade.

Além disto, é importante ressaltar que a extensão da fundamentação do dever de garante para além dos casos abarcados pela teoria dos deveres formais, embora possa ser compatível com a previsão do Ordenamento Jurídico alemão, não é possível nos limites do Ordenamento Brasileiro, segundo aqui se entende.

A Lei alemã prevê a responsabilidade penal nos crimes omissivos de forma distinta do que fora previsto pela lei brasileira. Conforme já assinalado, de acordo com o BGH, os crimes omissivos impróprios decorrem de uma cláusula de equiparação dos crimes comissivos quando o sujeito tem o dever de responder juridicamente pelo resultado. Por outro lado, conforme também já se afirmou, a Lei brasileira estabelece, coincidentemente no artigo de mesmo número que a Lei alemã, que responde pelo resultado quem tem o dever de agir para evita-lo, preocupando-se em estabelecer, de forma expressa, quando é possível verificar este dever. E, de acordo com o Ordenamento Pátrio, tem o dever de agir aquele

que está obrigado por lei, que assumiu de outra forma esta obrigação (assunção de obrigação que não decorre da lei) e, por fim, aquele que, com seu comportamento anterior, criou a ocorrência do resultado. Isto significa que o intérprete não está autorizado a fugir desta margem ao interpretar as situações de crimes omissivos impróprios, sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade, bem como à separação dos poderes.

Desta forma, a teoria de Bernd Schunemann somente é compatível com o Ordenamento nas hipóteses em que o critério do domínio sirva para limitar a posição de garante extraída de um dever jurídico extrapenal. Não há margem, nos limites do que fora positivado no Código Penal, para a adoção da teoria do domínio como extensão da responsabilidade, ou seja, para abarcar casos que não podem ser respondidos de acordo com a moldura do artigo 13, CP.

Em outros termos, o critério de domínio poderia ser utilizado, apenas, enquanto *fundamento material limitador* à teoria dos deveres formais, permitindo a formação de um conceito de garante próprio ao Direito Penal, sem que houvesse a importação acrítica de deveres extrapenais. Além disto, a utilização do critério do domínio impede a adoção de uma concepção extremamente formalista, que, consoante adverte Janaina Paschoal, pode ser interpretada "não como uma possibilidade de punição, mas como uma necessidade de punição"[510]. Estabelecido o filtro, nem sempre haverá um dever de garante decorrente de um dever jurídico extrapenal, de modo que este será, apenas, uma limitação máxima ao juízo de tipicidade e autoria nos crimes omissivos impróprios.

É importante sinalizar que a concordância da adoção do critério de domínio enquanto limitador dos deveres jurídicos extrapenais não contradiz o quanto salientado anteriormente, referente à natureza da omissão. Isto porque a consideração de que a omissão só tem relevância jurídico penal quando o sujeito tem condição de dominar o fundamento do resultado refere-se, conforme sustenta-se nesta tese, à valoração jurídica da omissão, não se relacionando com o conceito pretípico e prejurídico da omissão, nos termos já assinalados no item 5.2.1, para o qual se remete o leitor.

Deste modo, para que exista um dever de garante, é necessário que o sujeito esteja obrigado a agir para evitar o resultado lesivo ao bem jurídico por força da lei, da assunção de responsabilidade por manifestação de vontade e, por

[510] PASCHOAL, 2011, p. 45.

fim, nos casos em que tenha realizado um comportamento antecedente que crie o risco da ocorrência do resultado. Qualquer situação que não se encaixe nesta moldura não permite a fundamentação do dever de garante. Além disto, deve ser analisado se, além do dever jurídico extrapenal, o sujeito exercia um domínio efetivo sobre o fundamento do resultado lesivo.

Conforme o entendimento aqui seguido, com arrimo no que fora também tratado por Juarez Tavares[511], apenas as leis em sentido formal podem ser fonte deste dever de garante. Concorda-se, em parte, com o autor. Isto porque nem todas as leis em sentido formal podem ser fonte do dever de garante, apenas aquelas que, igualmente, podem ser fonte da norma penal. Neste sentido, apenas a lei discutida, votada e promulgada pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 22, I da Constituição Federal pode ser fonte do dever de garante, estando excluídos, neste caso, algumas hipóteses admitidas por Tavares, como a Medida Provisória, em homenagem ao Princípio da Legalidade. Importante afirmar que não basta que a lei preveja um dever formal em relação ao agente, sendo necessário que este dever seja de proteção, cuidado ou vigilância em relação à evitação de um resultado lesivo a bens jurídicos determinados.

No que tange à assunção de responsabilidade, esta, nas lições de Tavares ocorre quando o sujeito manifesta, expressamente, a sua vontade no sentido de obrigar-se a evitar a produção de um resultado lesivo, estando em posição de assumir esta função[512]. É importante afirmar que o artigo 13, §2º, II, menciona que a responsabilidade por omissão decorre da assunção de responsabilidade e não do contrato, de modo que não é possível restringir esta fonte do dever de garante a um contrato formalizado sob o ponto de vista civil, até mesmo porque, consoante é cediço, nem sempre somente o contrato obriga

[511] "A lei a que se refere o art. 13, §2º, a, do Código Penal é aquela derivada do processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, aí se compreendendo as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, os decretos legislativos e as medidas provisórias desde que convertidas em lei. Não podem ser assemelhadas à lei o decreto, o regulamento, a resolução, as instruções normativas ou qualquer outro ato emanado dos órgãos do Estado que não preencha aquelas condições. Esta interpretação restritiva decorre justamente dos termos do art. 5º, II, da Constituição da República, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esta ultima expressão deve ser compreendida igualmente de modo restritivo para incluir só aqueles atos que provenha do poder legislativo e elaborados de acordo com o processo estabelecido na própria constituição". Cf. TAVARES, 2012, p. 320. Discordamos do autor apenas no que tange às Leis Estaduais, uma vez que a competência para legislar em matéria penal decorre, apenas, da União, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal.

[512] Ibid., p. 327.

civilmente as partes, existindo hipóteses de responsabilidade extracontratual por assunção de obrigação de proteção[513]. Deve-se, contudo, ter cuidado para não alargar esta posição de garante ao ponto de criarem-se obrigações jurídico penais mais amplas do que as obrigações civis, em ofensa à subsidiariedade[514].

É importante mencionar, ainda, entre as fontes do dever de garantidor, a ingerência, também mencionada no artigo 13, §2º, III do Código Penal. Esta categoria merece uma análise mais cuidadosa. Afirme-se, preliminarmente, que, segundo aqui se entende, esta fórmula ampla não deveria ter sido adotada pelo legislador pátrio, pois pode alcançar situações absurdas, como a citada por Janaina Paschoal[515] com fonte em Raul Zaffaroni, que se refere à hipótese de responsabilização de um indivíduo que não impediu a amante de prestar falso testemunho.

Nada obstante, o entendimento mencionado acima não impede a instituição do dever de garante por ingerência, de modo que cabe aos juristas, com o fito de evitar prejuízos ainda maiores ao cidadão, interpretar restritivamente a fórmula legal neste caso. Assim é que, segundo aqui se defende, para que se possa falar em comportamento anterior que gere perigo ao resultado, este comportamento deve ser ilícito e atual. Além disto, o comportamento precedente deve ter sido praticado diretamente pelo sujeito[516].

Refuta-se, portanto, na linha do que também fora consignado por Janaina Paschoal, todas aquelas considerações ampliativas, que implicam "absoluta exarcebação da responsabilidade penal"[517] pela criação de qualquer risco ao bem jurídico, ainda que permitido. Numa sociedade de riscos, apenas pode-se admitir como fundamento de responsabilidade a criação de riscos não permitidos, sob pena de indevido alargamento de responsabilidade.

É importante mencionar que, além do dever legal, da assunção de responsabilidade e da ingerência pela criação de comportamento anterior ilícito, é necessário a conjugação destas três fontes com o critério do domínio sob o

---

[513] Observe-se, por exemplo, o teor do artigo 186 do Código civil, que dispõe que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" Cf. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[514] TAVARES, 2012, p. 51.

[515] PASCHOAL, 2011, p. 51.

[516] TAVARES, op. cit., p. 334.

[517] PASCHOAL, op. cit., p. 52.

fundamento do resultado, para que se tenha um conceito de garante construído sob premissas jurídico penais, e não apenas transplantado e copiado dos demais ramos. Este domínio sobre o fundamento do resultado deve ser analisado em cada circunstância. No que concerne à investigação dos deveres de garante nesta tese, a análise do domínio será realizada em momento futuro oportuno.

Por fim, é de se assinalar, na esteira do quanto sinalizado por Janaina Paschoal, que "o simples fato de o omitente ter deixado de cumprir seu dever de agir para evitar o resultado não significa que haverá de responder pelo advento deste (...)", ou seja, o dever de garante é apenas um dos elementos que deve ser verificado para que esteja configurado o crime omissivo impróprio, mas não é o único, de modo que devem estar presentes os demais elementos, que serão tratados abaixo.

5.1.5.2 A capacidade de ação do omitente

Além do dever de garante, a redação do artigo 13 exige a capacidade de ação deste. Esta conclusão resta clara quando a lei dispõe que "a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado". Tendo em vista esta exigência legal, é necessário perquirir o que se entende por podia agir para evitar o resultado.

A discussão em relação à capacidade de ação do omitente diz respeito ao alcance desta. Há um consenso doutrinário de que capacidade de ação engloba a capacidade física do sujeito atuar, consubstanciada na capacidade externa do agente de realizar determinada ação concreta exigível. Nada obstante, há divergência sobre a suficiência desta capacidade física para explicar o requisito da capacidade de agir do sujeito.

Para Kaufmann, a capacidade física não é suficiente, pois, além destes elementos "causais externos", faz-se mister a capacidade de direção final do sujeito, ou seja, a presença de um aspecto intelectual que consiste no conhecimento ou possibilidade de conhecimento destes elementos causais, para que o sujeito possa dirigir a sua ação[518].

Juarez Tavares, por seu turno, afirma que a restrição ao conceito físico decorre da adoção de um critério causal de capacidade, que, na sua ótica, deve

[518] KAUFMANN, 2006, p. 56-57.

ser superado. Assim é que o autor defende que o conceito de capacidade deve ser compreendido, também, no âmbito normativo, a partir de uma interpretação que relacione o empírico e o normativo sob a perspectiva do tipo legal[519].

Segundo aqui se entende, o elemento cognitivo incluído por Kaufmann deve ser analisado no bojo do tipo subjetivo, com os comentários que serão feitos nas linhas subsequentes. Para efeitos de capacidade de ação, deve-se considerar a real possibilidade do sujeito envolvido de realizar a ação, ou seja, deve-se observar se o sujeito tinha a real capacidade de agir, pois reunia os requisitos físicos e as habilidades exigidas para a ação.

Nada obstante, esta análise da capacidade da ação no tipo não dispensa a análise da exigibilidade da ação em questão, que deverá ser avaliada quando na culpabilidade do agente, excluindo-se a exigência na situação em que haja uma real colisão de interesses que prejudique a atuação do sujeito a tal ponto que o Direito não pudesse exigir a ação naquela circunstância[520].

É de se assinalar, ainda, que a capacidade de ação, entendida enquanto possibilidade física, não se confunde com o domínio sobre o fundamento do resultado, por uma razão elementar: enquanto que a capacidade é específica em relação àquela omissão e àquele resultado típico, o domínio sobre o fundamento do resultado tem, segundo aqui se entende, uma acepção mais genérica e ampla, no sentido de estabelecer um domínio sobre os resultados lesivos que podem vir a causar prejuízos ao bem jurídico que o sujeito possui o dever de proteção, cuidado ou vigilância. O critério do domínio, portanto, não substitui a análise da capacidade de ação.

5.1.5.3 A análise do nexo causal nos crimes omissivos

Há uma celeuma doutrinária no que se refere ao nexo causal nos crimes omissivos. Para Nilo Batista, Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, não há causalidade na omissão porque, nestes crimes, ocorre exatamente o inverso do nexo de causalidade, tendo em vista que o comportamento omissivo se caracteriza, justamente, pela não intervenção em um curso causal que coloca o bem jurídico em perigo. Desta forma, assinalam os autores que, em verdade,

[519] TAVARES, 2012, p. 354.
[520] Ibid., p. 353.

não há, nos tipos omissivos, um nexo de causalidade e sim um nexo de evitabilidade, que se consubstanciaria na análise hipotética de que a realização da conduta que fora determinada ao agente teria salvo o bem jurídico[521]. Importante ressaltar que, para alcançar esta conclusão, os autores se mantém fieis ao entendimento de que a causalidade é um elemento do ser.

Outra parcela da doutrina, no entanto, defende posicionamento contrário, no sentido de que a causalidade não pode ser mais interpretada como nexo físico ou empírico, baseado em leis mecânicas[522] que assinalam que uma causa que é força eficiente para a produção de um resultado[523]. O conceito de nexo de causalidade, segundo defendem estes doutrinadores, deve ser reinterpretado, de modo que, com esta nova leitura, seria possível falar em nexo de causalidade nos crimes omissivos.

A causalidade, na omissão imprópria, seria, portanto, normativa[524], fruto da argumentação do intérprete que, baseado em premissas de valoração jurídica, afirma que o sujeito que se omite de realizar determinada ação mandada contribui para a ocorrência de um resultado no mundo empírico[525].

Fixada a premissa de que a causalidade não deveria ser vista sob uma perspectiva empírica, mas normativa, a dúvida está em saber qual o conteúdo material deste nexo de causalidade. No tocante a esta questão, uma parcela da doutrina, conquanto defenda uma causalidade normativa, diverge no que diz

---

[521] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2, p. 354.

[522] Assim também em TAVARES, 2012, p. 366.

[523] A existência de uma causalidade física, baseada em conceitos tradicionais de mecânica vem sendo questionada, também, para os crimes comissivos, e, ainda, no âmbito das ciências naturais, tendo em vista as descobertas da física quântica, segundo as investigações de Heinsenberg, que afirmou que, no campo atômico, não prevalecem as leis causais da física mecânica, mas, sim, leis estatísticas e Heinstein, o qual assinalou que, no mundo cósmico, "a sucessão causal de acontecimentos no tempo só faz sentido em dimensões bastante limitadas" (Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*: tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. edição, München, Beck, 1997. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 271). Por essa razão, assinala Tavares que, "os princípios tradicionais da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do direito" (Cf. TAVARES, op. cit., p. 361) passaram a ser desvinculados da causalidade, de modo a se questionar se havia uma lei mecânica que regulasse o tema adequadamente. Nada obstante, Roxin assinala que, para os juristas, é possível confiar na causalidade a partir de leis mecânicas, tendo em vista "os espaços limitados em que atua o Direito" (Cf. Ibid., p. 272). Reitere-se, contudo, que, em relação à causalidade na omissão, esta só pode ser normativa, tendo em vista que, a partir de leis mecânicas, a ausência de um comportamento nada causa.

[524] PASCHOAL, 2011, p. 41.

[525] De acordo com Tavares, "a causalidade na omissão nada mais é do que produto de um simples enunciado argumentativo, tecido para incluí-la no âmbito de punibilidade dos delitos comissivos". CF. TAVARES, op. cit., p. 366.

respeito ao conteúdo da causalidade. Para Juarez Cirino dos Santos, a causalidade na omissão seria verificada quando fosse possível realizar um juízo de causalidade hipotética ou quase causalidade, por meio do qual, no plano hipotético, caso a conduta fosse realizada, seria possível vislumbrar, com uma probabilidade próxima da certeza, que o resultado ao bem jurídico seria evitado[526].

Juarez Tavares critica o critério da quase certeza e defende que, na omissão, deve-se pensar em uma causalidade *funcional*. Para apresentar o seu conceito de causalidade funcional, o autor em questão afirma que não se pode, hipoteticamente, eliminar uma omissão e afirmar que, sem esta, o resultado não teria ocorrido, uma vez que o nada não pode ser tão influente a ponto de produzir um resultado no mundo real[527]. Não se pode, outrossim, inverter a análise, para afirmar que a prática da ação teria evitado o resultado[528], porque esta solução sofre de um deserto de realidade.

Para este autor, a causalidade na omissão só poderia ser aferida quando se coloca como premissa que aquela deve estar situada no âmbito da norma mandamental. Dessa forma, faz-se mister assinalar "os limites do que será mandado e o sentido da atividade devida para evitar a lesão ao bem jurídico"[529], a partir de uma referência ao mundo da vida conectada com os limites que estabelecia a norma. Nas palavras do autor:

> Na questão da causalidade, que é prévia à imputação, o que interessa é saber se o sujeito estava ou não em condições de realizar a ação devida, não no sentido de uma capacidade de atuar, mas sim de uma orientação de conduta com base na realidade empírica ou em face da lesão de bem jurídico. Ademais, deve estar integrada a essa orientação a probabilidade nos limites da certeza de que sua conduta poderia impedir o evento. (...) Conjugam-se, assim, dois elementos na definição da causalidade: um elemento funcional normativo e um elemento empírico(...) não haverá causalidade quando a exigência de ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites de certeza diante do resultado e da lesão ao bem jurídico.[530]

A junção dos elementos empíricos e normativos enquanto método de interpretação norteia a construção dogmática dos crimes omissivos feita por Juarez Tavares e já fora aqui comentada no tópico anterior, referente à análise da

---

[526] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 203.
[527] TAVARES, 2013, p. 366.
[528] Ibid., p. 367.
[529] Ibid., p. 368.
[530] Ibid., loc. cit.

capacidade de agir.

Janaina Paschoal, por seu turno, também concorda com a causalidade normativa da omissão, mas critica o critério da quase certeza exposto por Juarez Cirino, assinalando que, para que haja nexo causal nos crimes omissivos, é preciso haver a certeza de que a ação teria evitado o resultado[531], de sorte a não se permitir um tratamento mais gravoso nos casos de omissão do que nos casos de ação.

No Direito Comparado, há autores que substituem o critério causal por um critério de risco, permitindo a atribuição de responsabilidade com base na exclusiva utilização de critérios de imputação objetiva baseados no incremento ou criação de um risco juridicamente proibido[532]. Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo, afirma que o critério da quase-certeza desestimularia os garantes a atuarem conforme suas obrigações estabelecidas na norma, e, a despeito de gerar uma punibilidade pela tentativa[533], não teria o condão de proteger bens jurídicos, porque esse critério desestimularia as atividades destinadas à possível salvação do bem jurídico. Assim, assinala o autor que esse critério causal-normativo deve ser substituído pelo critério da "conexão do risco: a ação esperada ou devida deve ser uma tal que tenha diminuído o risco de verificação do resultado típico"[534]. Para ilustrar sua opção, o autor traz o exemplo dos pais que se omitem de levar o filho doente ao hospital, hipótese em que não se pode ter certeza, ou quase certeza, de que o atendimento médico salvaria a vida da criança, mas que, ainda assim, deve ensejar a responsabilização dos pais, caso o filho venha a ter um resultado lesivo.

Após esta breve revisão bibliográfica sobre o nexo de causalidade na omissão, é de se assinalar que, muito embora Janaina Paschoal, de um lado, e Nilo Batista, Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, do outro, tenham categorizado suas posições de forma distinta – a primeira defendendo um nexo de causalidade normativo em que fique comprovado que a ação exigida teria salvo o bem jurídico protegido e os demais defendendo um nexo de evitabilidade no mesmo sentido, sem utilizar a denominação de nexo causalidade – a ideia

---

[531] PASCHOAL, 2011, p. 43.

[532] "Esse abandono do nexo de causalidade, com a adoção irrestrita da imputação objetiva, mostra-se deletério no que toca aos crimes comissivos, ou seja, aos crimes de ação; mas, no que tange aos crimes comissivos por omissão, o prejuízo é imensurável." Ibid., p. 136.

[533] DIAS, 2007, p. 931.

[534] Ibid., p. 930.

central que ambos apresentam tende a se aproximar no sentido da exigência de comprovação de que a ação exigida ao sujeito teria evitado a produção do resultado[535]. Segundo aqui se defende, esta é a posição mais acertada, uma vez que, nos crimes comissivos, o nexo causal exige a comprovação de que a ação foi produtora do resultado, consoante a fórmula da teoria da equivalência. Deste modo, não seria possível permitir a imputação dos crimes omissivos de forma mais flexível do que os crimes comissivos, em regra mais gravosos.

Sustenta-se que esta é a posição mais consentânea com a defesa das liberdades individuais em face do estado, de modo que, para que haja uma imputação por crimes omissivos impróprios, cabe à acusação, no Processo Penal, o ônus argumentativo e probatório no sentido de demonstrar que a ação criminosa teria, com certeza, evitado a produção do resultado lesivo.

5.1.5.4 O tipo subjetivo

Além da verificação dos elementos objetivos, já apontados nas linhas anteriores, é imprescindível analisar o elemento subjetivo do agente. De acordo com Janaina Paschoal, a doutrina tradicional em matéria de omissão negligenciou o elemento subjetivo destes crimes. Segundo a autora em comento, o alargamento das fontes do dever de garantidor, acompanhado ao automatismo da atribuição quando presentes os requisitos do tipo objetivo é uma das razões "ingerência indevida" do estado nos crimes omissivos, trazendo consequências irreparáveis às liberdades individuais[536].

Nilo Batista, Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia também discorrem sobre esta negligência em relação ao dolo, trazendo a premissa de Armin Kaufmann de que, na omissão, haveria um quase-dolo, uma vez que o elemento volitivo seria dispensado, havendo a necessidade de comprovação do elemento cognitivo, apenas[537].

Nas hipóteses em que há a preocupação com a análise do elemento

[535] Nilo Batista, Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia concluem seu posicionamento no mesmo sentido, afirmando que: "(s)eja tratado como um problema de causalidade, seja como um critério verificador imposto pelo tipo omissivo, há coincidência prática em que a ação não será típica sempre que, substituída hipoteticamente a conduta realizada pela devida, o resultado também houvesse produzido". Cf. ZAFFARONI et al., 2010, p. 354.

[536] PASCHOAL, 2011, p. 40.

[537] ZAFFARONI et al., op. cit., p. 371.

subjetivo para a configuração dos crimes omissivos impróprios, a exigência do tipo subjetivo se satisfaz com o mero conhecimento da posição de garantidor e da capacidade de agir para evitar o resultado. Conforme se extrai das lições de Janaina Paschoal, a doutrina, quando trata dos crimes omissivos, exige apenas o conhecimento e a vontade dirigidas à omissão, e não ao resultado, o que gera uma situação mais flexível para a atribuição de responsabilidade nos crimes omissivos em relação aos comissivos. Deste modo, os crimes omissivos, que, consoante assinala a autora, em entendimento aqui também seguido, são menos reprováveis, são tratados de forma mais dura do que os crimes comissivos, mais reprováveis.

Para evitar este tratamento discrepante, Janaina Paschoal assinala que "para complementar a tipicidade (e não o crime)" é imprescindível "verificar se a omissão foi deliberada, ou se a omissão se deu pela não observância do dever de cuidado"[538]. Nos casos de omissão dolosa, faz-se mister, ainda, que se comprove que o sujeito, com a sua omissão, queria a produção do resultado (dolo direto), ou, nas hipóteses cabíveis, assumiu o risco de produzir o resultado (dolo eventual).

Em outros termos, a análise desse elemento subjetivo não pode se dar apenas em relação à omissão, no sentido de investigar se o sujeito sabe do seu dever de garantidor e da sua capacidade de agir, olvidando-se da ligação do elemento anímico ao resultado, como defende a doutrina majoritária, consoante nos ensina Janaina Paschoal[539]. *A perquirição do elemento subjetivo deve ser vista à luz da omissão e do resultado, ou seja, é preciso verificar se o agente tinha consciência real da sua posição de garantidor, da sua capacidade de agir e, com isso, quis se omitir e provocar o resultado lesivo*. Excepcionalmente, será possível admitir-se o dolo eventual[540]. Como os crimes aqui analisados, Corrupção e Lavagem, não admitem a modalidade culposa, este estudo não irá analisar a omissão imprópria culposa.

É importante assinalar, por fim, que o erro do sujeito sobre o dever de garante ou sobre a situação de perigo ao bem jurídico repercutirá nos elementos do conceito analítico de crime para fins de responsabilidade. Isto porque, caso o

[538] PASCHOAL, 2011, p. p. 77.
[539] Ibid., p. 74.
[540] Ibid., p. 77.

sujeito se equivoque sobre o seu dever de garante, será possível verificar um erro sobre a proibição da sua conduta, que seguirá a regra do erro de proibição direto, ao passo que, caso o sujeito se equivoque sobre a situação de perigo ao bem jurídico, deixando de agir por acreditar que o bem estava a salvo, haverá um erro de tipo mandamental, que segue a regra do erro de tipo essencial. Estes elementos também deverão ser levados em consideração quando da análise da responsabilidade do sujeito que se omite.

5.1.5.5 Responsabilidade por omissão imprópria e crimes executados por outrem

Para finalizar a análise dos requisitos típicos para os crimes omissivos, cumpre tratar da polêmica questão envolvendo a responsabilização do garante por atos criminosos contra o bem jurídico resguardado executados por terceiros responsáveis. Janaina Paschoal ilustra bem uma situação destas, no Direito Penal comum, que diz respeito ao pai, ou a mãe que, sabendo dos abusos sexuais sofridos pelos filhos, nada fazem para evitar a prática delitiva.

Um exemplo clássico referente aos casos que ora se analisa diz respeito à hipótese em que o administrador da sociedade empresária se omite, dolosamente, de interferir para evitar o resultado, ao saber que um funcionário subordinado, com o objetivo de alcançar a meta que lhe fora prevista, vai oferecer propina a um agente público para que a sociedade seja beneficiada com um contrato.

Janaina Paschoal, após fazer uma revisão da literatura jurídica em que muitos autores defendem a possibilidade de responsabilização, divergindo apenas no que tange à forma desta – se dolosa ou culposa, se a título de autoria ou participação – manifesta-se no sentido de que a responsabilidade do garante por atos executados por outrem deve ser resolvida à luz dos critérios do concurso de pessoas: quando houver desígnio de vontades e elemento subjetivo, será possível falar em responsabilização, presentes os demais requisitos do tipo omissivo; na hipótese destes não existirem, tal omissão poderia, no máximo, ser enquadrada nos casos de omissão de socorro, devendo o legislador, nos casos graves, prever uma causa de aumento de pena[541]. Acrescenta, ainda, a autora em comento que a punição de quem deixou de fazer o mal faz com que haja uma

[541] PASCHOAL, 2011, p. 91.

mudança no foco, “demonizando inocentes em virtude de não ser possível responsabilizar os verdadeiros culpados”[542].

Para Juarez Tavares, a premissa, nesta questão, é que não existe coautoria e participação nos crimes omissivos. O autor baseia o seu ponto de vista na premissa de que, os crimes omissivos, por representarem crimes cujo preenchimento do dever é pessoal, não admitem compartilhamento e, com isto, a coautoria e participação. Assim, cada um deve responder pela sua própria violação de dever, ainda que haja desígnios compartilhados na situação específica em que os agentes se omitiram, o que configuraria a hipótese defendida por Armin Kaufmann de autoria colateral especial[543]. Segundo Juarez Tavares, nem com a adoção do critério do domínio do fato para a definição de autoria seria possível estabelecer concurso de pessoas em crimes omissivos. Isto porque, na omissão, inexiste domínio sobre a execução do fato, já que se trata de uma abstenção (em que pese possa existir domínio sobre o fundamento do resultado, nos termos outrora esposados), o que impediria a divisão de tarefas e, por conseguinte, a coautoria e a participação[544].

Em outra oportunidade do seu livro, o autor complementa este entendimento, afirmando que, em matéria de responsabilidade pelos ilícitos alheios, “o princípio que deve reger é que, entre adultos, cada qual será responsável por seus atos, o que faz limitar esse dever ao âmbito de competência material e especial”[545]. Deste modo, Juarez Tavares considera que o garante só terá responsabilidade pelos atos dos executores na hipótese em que esteja conectado com a situação específica, tendo dever de evitar prejuízos ao bem jurídico naquele caso, seja por sua conduta anterior, seja pela assunção de responsabilidade, como substituto legal. Ilustra a situação do delegado de polícia, que só pode ser responsabilizado pelos atos dos executores na hipótese de ter ordenado a prisão (conduta anterior), ou quando assume a custódia (substituição legal). Ou seja, só haverá responsabilidade nas situações em que o executor não seja o único responsável pela situação concreta.

Segundo aqui se sustenta, a junção dos dois entendimentos assume contornos de limitação de responsabilidade muito positivos, que poderão auxiliar a

[542] PASCHOAL, 2011, p. 91.
[543] TAVARES, 2012, p. 406.
[544] Ibid., p. 407.
[545] Ibid., p. 321.

investigação de responsabilidade no caso concreto, evitando-se, assim, o automatismo da responsabilidade por fatos praticados por terceiros também responsáveis. Assim, somente haverá responsabilidade nos casos em que o garante principal tiver um dever legal em relação àquela situação ou tiver assumido a responsabilidade por evitar o resultado concreto, mas, em um caso ou no outro, faz-se imprescindível a comprovação do elemento subjetivo em relação ao dever, a omissão e ao resultado, sob pena de inadmissível responsabilidade objetiva por fato de outrem. Ou seja, o sujeito deve estar consciente do seu dever naquela situação, saber da possibilidade de ocorrência do resultado, e, ainda assim escolher a omissão por desejar a ocorrência deste. Deve-se assinalar que esta responsabilidade não será a título de coautoria, porque, consoante assinalou Tavares, trata-se da omissão do próprio dever, apresentando-se como hipótese de autoria colateral.

6 INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE *COMPLIANCE* E A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO: (IM)POSSIBILIDADES, LIMITES E DESAFIOS

6.1 A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE* NA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Após a análise da omissão, bem como dos requisitos estruturais para a tipicidade dos crimes omissivos impróprios, é chegado o momento final de investigar qual a importância da inobservância dos deveres de *compliance*, bem como dos requisitos estruturais de um programa adequado para a responsabilidade penal a título de omissão.

Apenas para relembrar, no capítulo 5, fora realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema, na qual se analisou a posição de Lascuraín Sánchez. Segundo o referido autor, os administradores da sociedade empresária, sejam estes de fato ou de direito, sócios ou não, possuem dever de garante por força do domínio da fonte de risco, devendo responder por omissão caso ocorram resultados criminosos intrinsecamente relacionados com a atividade exercida, a exemplo dos crimes contra a saúde dos trabalhadores e ambientais, excluídos os delitos de Corrupção e Lavagem, objeto desta tese. Haveria responsabilidade por omissão, a título de autoria, quando os administradores fossem garantes e não evitassem um resultado criminoso relacionado à atividade exercida pela sociedade e, ainda, responsabilidade a título de participação nos demais casos.

Já os sujeitos que atuam nos órgãos executivos, seriam, também, garantes, com fundamento na delegação de poderes que fora estabelecida. Por fim, em relação aos órgãos de assessoramento, seriam estes partícipes apenas em casos de comissão, ou seja, de assessoramento que ultrapassasse os limites do risco permitido. Não haveria responsabilidade por omissão.

De acordo com o que já fora exposto naquela oportunidade, não se concorda com este automatismo de responsabilidade, fundado exclusivamente na presença, ou não, de um dever de garante, uma vez que os critérios de imputação devem ser analisados à luz da estrutura garantista dos crimes omissivos impróprios. Em outros termos, faz-se necessário analisar, em um primeiro

momento, a presença, ou não, de um dever de garante em relação ao sujeito. Além disto, deve haver a análise sobre os demais requisitos do crime omissivo, uma vez que, de acordo com Janaina Paschoal, "o simples fato de o omitente ter deixado de cumprir o seu dever de agir para evitar o resultado não significa que haverá de responder pelo advento do resultado"[546], sob pena de responsabilização objetiva na seara dos crimes omissivos, inadmissível no Direito Penal.

Assim, este capítulo se ocupará, em primeiro lugar, de identificar quem são os sujeitos, dentro da sociedade empresária, que conduzem e executam a atividade e, como tais, teriam relação com o programa de *compliance* (autorregulação da atividade empresarial) e, por via de consequência, com os deveres administrativos que visam a contribuir com políticas de prevenção à criminalidade na Lavagem de Capitais e na Corrupção. Optou-se por realizar um recorte neste ponto, de modo que esta investigação será restringida às sociedades empresariais que se organizam sob os tipos limitada e anônima.

O passo seguinte é investigar se as previsões internas de autorregulação das sociedades empresárias criaram, *para as pessoas físicas delimitadas nos termos do parágrafo anterior* um dever jurídico-penal de garante. Em outros termos, a questão é identificar se o dever penal nasce do dever administrativo previsto para outro ente que não a pessoa física que exerça aquele cargo.

Definir se há, ou não, um dever jurídico penal de garante é fundamental para avançar nos demais questionamentos que devem ser realizados, pois, como já se demonstrou, a posição de garante, embora não seja um elemento distintivo entre as espécies de omissão, é um pressuposto elementar para a tipificação das condutas omissivas impróprias.

Em conexão com o que se expôs no parágrafo anterior, caso as previsões do programa de *compliance* fundamentem a criação de um dever jurídico de garante, investigar-se-á em que medida o referido programa serve de base para que sejam aferidos, *em comportamentos omissivos*, os demais requisitos estruturais para a responsabilidade por omissão imprópria, quais sejam, capacidade de ação, nexo de causalidade e elemento subjetivo (o resultado já integra o tipo, não é definido pelo programa de *compliance*).

Desde logo, é importante afirmar que o simples cumprimento dos deveres

[546] PASCHOAL, 2011, p. 39.

de *compliance*, por meio da estruturação adequada do programa, não servirá, de maneira automática, para a imputação ou exclusão de responsabilidade, necessitando-se de investigação verticalizada, que concatene os elementos de um programa de *compliance* eficaz com os elementos da tipicidade dos crimes omissivos. Segundo aqui se entende, um programa bem estruturado, seguindo todas as recomendações fixadas em diversos documentos nacionais ou internacionais (nos termos que foram expostos no capitulo 4), poderá permitir a exclusão dos elementos necessários para a configuração dos crimes omissivos. Já a ausência, total ou parcial, de elementos básicos de um programa de *compliance* eficaz, poderá, na hipótese de existência de um dever, fundamentar a responsabilização a título de omissão imprópria, sendo o ônus argumentativo e probatório exclusivo da acusação.

Em outros termos, caso o sujeito que tenha o dever de garante não implemente, ou não implemente de forma adequada, um programa interno de *compliance*, caberá à acusação demonstrar em que medida os elementos ausentes do programa eficaz se encaixam na moldura típica dos crimes omissivos. As bases para esta imputação, ou ausência, serão estabelecidas, também, nas linhas vindouras.

6.2 EXISTE DEVER DE GARANTE DOS SUJEITOS RELACIONADOS AOS DEVERES DE *COMPLIANCE* SOCIEDADE EMPRESÁRIA?

6.2.1 Definição e recorte dos sujeitos da sociedade empresária relacionados ao programa de *compliance*

As sociedades empresárias, muito embora sejam compreendidas como pessoas pelo Ordenamento Jurídico, não possuem “um corpo próprio, capaz de concretizar os atos necessários à realização de seus objetivos”[547]. Desta forma, as ações e as omissões realizadas em nome e benefício da pessoa jurídica são fruto da vontade de um ou mais seres humanos que, munidos de um poder que lhe fora conferido pelo ato constitutivo (contrato social ou estatuto social) ou, ainda, por ato específico, decidirão sobre o que deve ou não ser executado para

[547] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: direito societário : sociedades simples e empresárias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 111.

atingir os fins propostos pelas sociedades. Além dos sujeitos que decidem pelas pessoas, há aqueles que realizam atos em seu nome, que a corporificam e presentam no mundo físico.

Em Governança Corporativa, utiliza-se a expressão "*stakeholders*" para definir aqueles que intervêm, direta ou indiretamente, na gestão e na produção dos resultados de uma sociedade empresária. A expressão *stakeholders* consiste na junção de dois termos de língua inglesa (*stake*, que significa interesse e participação e *holders*, que significa aquele que detém, possui), podendo, em tradução livre, significar parte interessada ou interveniente em algo. Os *Stakeholders* internos são justamente aqueles que permitem que a pessoa jurídica possa realizar seus atos no mundo físico, como os gestores, dos sócios e empregados. Há, ainda, os *stakeholders* externos, que também interferem na condução dos negócios da sociedade, a exemplo dos clientes, dos fornecedores e até mesmo dos concorrentes e dos sindicatos de trabalhadores[548]. No tocante à problemática específica desta tese, convém tratar dos *stakeholders* internos que possuem relação com a condução dos negócios, bem como com a implementação e o funcionamento do programa de *compliance*. Para evitar a quantidade de termos estrangeiros, e para delimitar os sujeitos para análise da responsabilidade por omissão nesta tese, optou-se por se referir a estes *stakeholders* como sujeitos relacionados aos deveres de *compliance* da sociedade. Estes sujeitos dividem-se em dois grandes grupos: os gestores das sociedades empresárias e os responsáveis pelos programas de *compliance*.

6.2.1.1 Gestores de pessoas jurídicas

Os gestores da pessoa jurídica são os sujeitos responsáveis pela administração desta, que estabelecem diretrizes para a execução da atividade

[548] Conforme se extrai do Código das Melhores práticas em Governança Corporativa, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, é possível observar que, cada vez mais, "desafios sociais e ambientais globais, regionais e locais fazem parte do contexto de atuação das organizações, afetando sua estratégia e cadeia de valor, com impactos na sua reputação e no valor econômico de longo prazo", de modo que estas relações impactam na estrutura e organização da sociedade, bem como na visão que se tem dela. Na governança, o termo se destaca na diferenciação do modelo adotado, que pode ser stakeholder oriented, o qual leva em consideração a amplitude dos sujeitos que se relacionam com a sociedade ou shareholder oriented, modelo em que a finalidade perquirida é a busca de resultados para os sócios e acionistas, que devem ser priorizados na gestão societária. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2009, p. 15.

daquela pessoa jurídica. Os gestores das pessoas jurídicas estão intrinsecamente relacionados aos programas de *compliance*, pois, como visto, a participação da administração no programa é um dos requisitos essenciais de efetividade.

No Brasil, segundo o artigo 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de Direito Privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Dentre as sociedades personificadas, há as sociedades simples (não empresárias, que não serão tratadas nesta tese) e as sociedades empresárias. As sociedades empresárias são aquelas que, nos termos do artigo 966 do Código Civil, "exercem profissionalmente atividade econômica empresária para a produção ou a circulação de bens ou serviços"[549]. Embora os deveres relacionados aos programas de *compliance* na Lei Anticorrupção e na Lei Antilavagem de Capitais possam ser fomentados ou impostos tanto às sociedades simples quanto às sociedades empresárias, o estudo restringir-se-á à análise destas ultimas, porque a atividade exercida guarda relação com o Direito Penal Econômico.

As sociedades empresárias englobam o gênero, do qual fazem parte as sociedades em nome coletivo (arts.1.039 a 1.044 do Código Civil), sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051 do Código Civil), sociedade limitada arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil), sociedade anônima (arts. 1.088 e 1.089 do Código Civil) e sociedade em comandita por ações. Os tipos societários mais comuns no Brasil são a sociedade limitada (quantidade de sociedades) e a sociedade anônima (volume de negócios), de modo que, nesta tese, tratar-se-á apenas dos modelos de administração destas sociedades.

6.2.1.1.1 Sociedades limitadas

As sociedades limitadas são o tipo societário mais utilizado na praxe comercial, correspondendo a, aproximadamente, 90% dos registros de sociedades empresárias no Brasil, segundo dados do Departamento de Registro Empresarial e integração. A justificativa para a adoção maciça deste tipo societário deve-se à reunião de duas características fundamentais: contratualidade e limitação da responsabilidade. Na sociedade limitada, a

[549] BRASIL, 2002b.

manifestação de vontade dos sócios, formalizada no contrato social, é a fonte que estabelece o regramento específico da sociedade, ao contrário do que ocorre nas sociedades anônimas, que serão analisadas mais à frente, em que o regime legal estabelece previamente as disposições das relações entre os sócios, havendo pouca margem de discricionariedade entre estes. Além disto, há a limitação de responsabilidade dos sócios, elemento que, aliado à contratualidade, torna este modelo muito atrativo para os pequenos e médios negócios. As sociedades limitadas devem ter, no mínimo, dois sócios[550].

Conforme já esposado, as sociedades limitadas estão regulamentadas no Código Civil, nos artigos 1052 a 1087. Caso haja omissão, podem ser regidas supletivamente pelas regras da sociedade simples ou das sociedades anônimas, de acordo com a deliberação dos sócios, estabelecida no Contrato Social[551].

Como regra, as sociedades limitadas são sociedades personalistas, isto é, a cessão ou alienação de quotas está condicionada à manifestação de vontade dos demais sócios, a menos que estes, no contrato social, optem por uma sociedade capitalista.

A administração das sociedades limitadas está disciplinada nos artigos 1060 a 1065 do Código Civil. O administrador da sociedade limitada deve ser, sempre, uma pessoa física, nomeada no contrato social ou em ato separado. A sociedade pode ser administrada por sócio(s) ou não sócio(s), sendo que, neste ultimo caso, por força do que estabelece o artigo 1061, deverá haver a aprovação da unanimidade do capital social (capital não integralizado) ou de, no mínimo, 2/3 do capital social (capital integralizado).

Caso haja mais de um administrador, a administração poderá ser realizada de três formas: Conjunta, quando os negócios da sociedade serão objeto de deliberação conjunta, tomada por maioria de votos segundo a participação de cada sócio no capital social; simultânea, que é a regra geral, na qual a administração compete a cada um dos sócios, separadamente, sem necessidade de atuação conjunta, outorgando-se a cada um destes a possibilidade de impugnar a operação pretendida pelo outro e submeter à votação, por maioria; fracionada: a administração é setorizada, competindo a cada um dos sócios uma parcela de atribuições das atividades realizadas pela

[550] MAMEDE, 2007, p. 115.
[551] Ver artigo 1.053 do Código Civil. Cf. BRASIL, 2002b.

sociedade empresária.

A administração na sociedade limitada pode, ainda, ser delegada a outra pessoa, denominada delegatária ou gerente, que nada mais é do que um mandatário, cuja relação é regida pelas regras gerais de representação contidas no código civil. Por lógica, para que haja um administrador delegado, é imprescindível que haja um principal, pois a delegação é um ato secundário. O administrador principal pode delegar parte dos poderes (delegação parcial, atendendo-se a alguma finalidade) ou a totalidade destes (delegação total). A delegação da administração, em princípio, é ato que se encontra nos poderes do administrador, mas, como se trata de sociedade, como regra, personalista, está sujeita a controle pelos demais sócios, submetida à votação de acordo com o capital social.

Tendo em vista o que fora exposto em relação à administração da sociedade limitada, é de se verificar que diversas são as formas de configuração da administração societária. Assim, é possível estabelecer alguns modelos de gestão da sociedade, que serão listados abaixo, divididos em grupos. A forma de configuração da administração societária será de extrema relevância para a matéria da responsabilidade por omissão, notadamente nos casos de omissão imprópria. Isto porque, conforme já tratado em tópico próprio, a responsabilidade por omissão imprópria consiste na responsabilização do sujeito por um resultado criminoso previsto em um típico específico do Código Penal ou leis esparsas, que é possível por força da cláusula de equiparação contida no artigo 13 do Código penal Pátrio. Segundo aqui se entende, haverá responsabilização quando o garantidor (sujeito especial dos crimes omissivos impróprios), com a sua omissão (aqui entendida como um não fazer pelo critério da energia), não interferir em um curso causal lesivo já em andamento para impedir um resultado lesivo a um bem jurídico. Esta responsabilização dependerá, ainda, dos demais requisitos para os crimes omissivos impróprios.

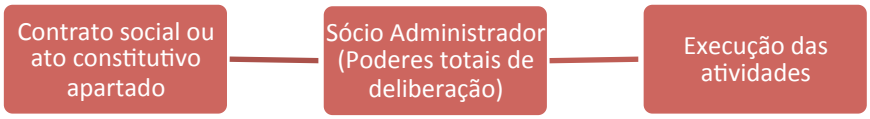
Deste modo, identificar quem é o sujeito que administra a sociedade, bem como a forma e a amplitude de poderes que advém da conformação societária é imprescindível para que se possa perquirir, em primeiro lugar, se houve omissão, em segundo lugar, se havia dever de garante estabelecido ao sujeito, e, em terceiro lugar, se este sujeito tinha capacidade de agir para evitar a produção do resultado lesivo. Além disto, a organização da administração societária também

será importante para investigar, no caso concreto, a presença, ou não, dos demais requisitos para os crimes omissivos. Assim, como etapa prévia à realização do juízo de tipicidade nos crimes omissivos impróprios relacionados aos programas de *compliance*, é de extrema valia a identificação e classificação das formas que a administração de uma sociedade limitada pode assumir.

A investigação aqui realizada encontrou 18 modelos de administração societária nas sociedades limitadas, divididos abaixo em seis grupos, nos termos elucidados abaixo.

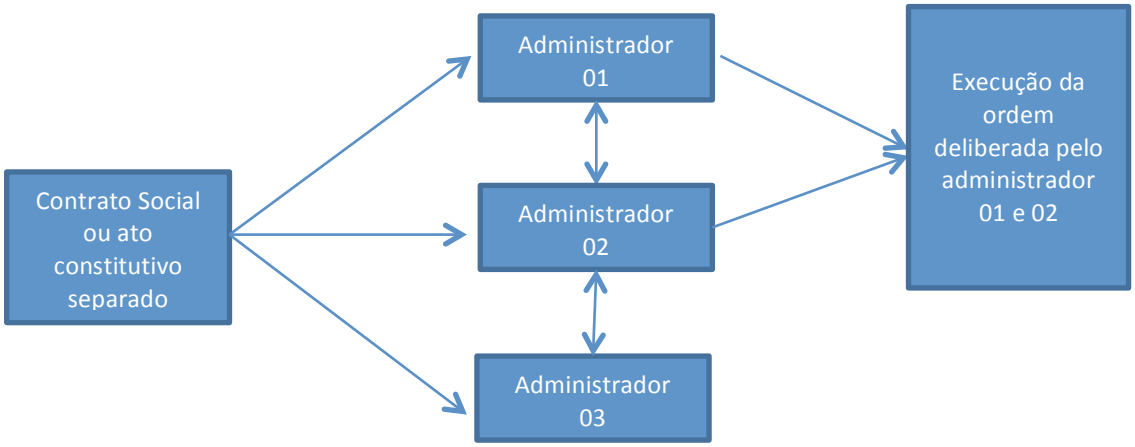
No primeiro grupo de casos, a administração da sociedade é exercida por sócios, sem que haja a delegação de poderes de administração a um terceiro. Nestes casos, é possível verificar, ao menos, quatro modelos de administração: Administração por um único sócio, administração conjunta entre mais de um sócio, administração simultânea entre os sócios e administração com divisão de tarefas entre os sócios. Segue, abaixo, uma ilustração de cada um dos modelos referidos.

Figura 1 – Modelo de administração por um único sócio



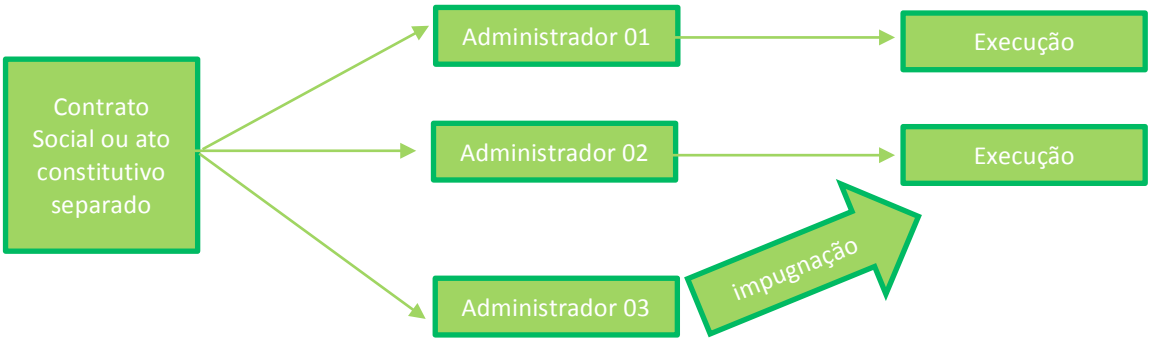
Fonte: Elaborado pela autora.

Figura 2 – Modelo de administração conjunta entre sócios, na qual as deliberações apenas podem ser tomadas por maioria do capital social



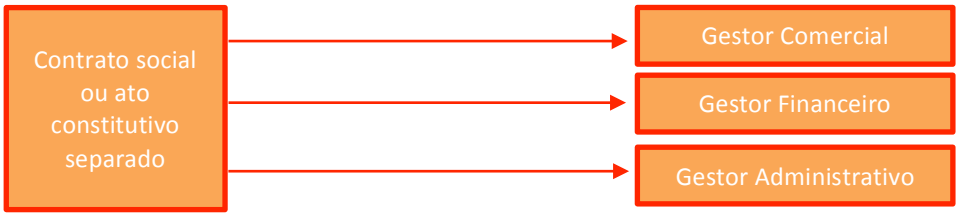
Fonte: Elaborado pela autora.

Figura 3 – Modelo de administração simultânea, na qual as decisões competem a cada um, isoladamente, sem necessidade de atuação dos demais sócios, podendo estes impugnarem a decisão



Fonte: Elaborado pela autora.

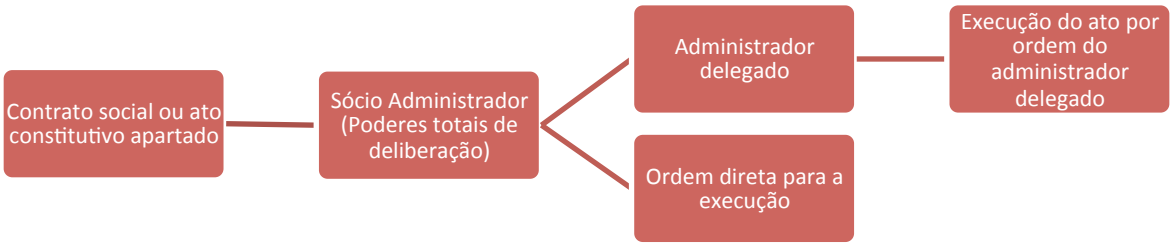
Figura 4 – Modelo de repartição horizontal de competências, na qual cada sócio administrador é responsável por uma matéria de interesse da sociedade



Fonte: Elaborado pela autora.

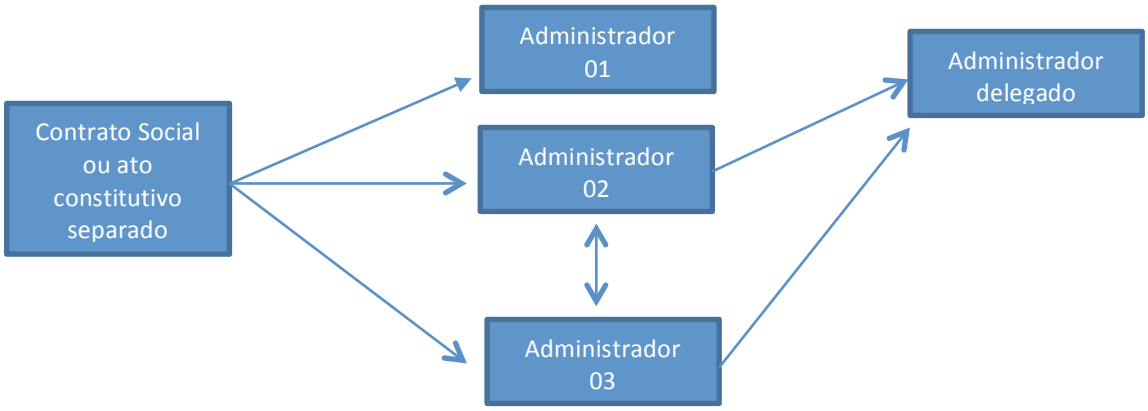
O segundo grupo de casos é uma variação do primeiro, com a peculiaridade de existirem, além dos administradores sócios, administradores delegados (gerentes) nomeados por aqueles. Em todos estes modelos, é possível vislumbrar uma divisão vertical das competências administrativas da sociedade.

Figura 5 – Modelo de administração por um único sócio, com delegação de poderes de administração a um gerente



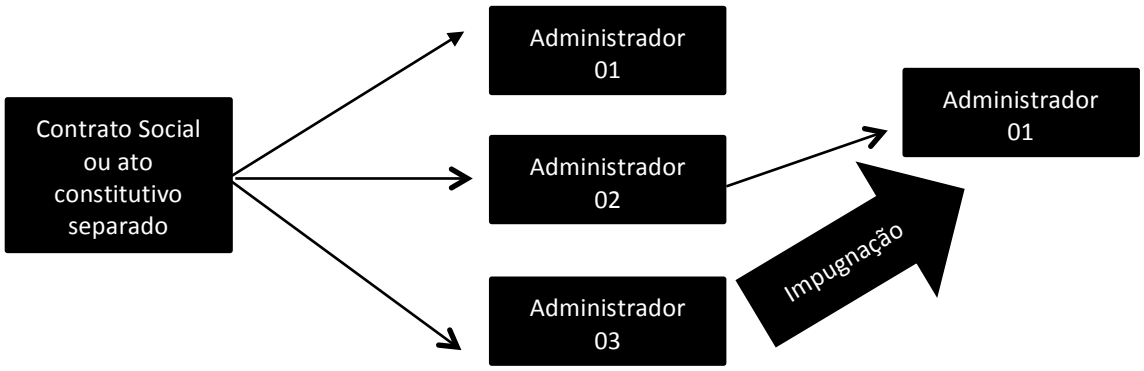
Fonte: Elaborado pela autora.

Figura 6 – Modelo de administração por mais de um sócio, exercida conjuntamente, em que a maioria resolve nomear um gerente com poderes de administração



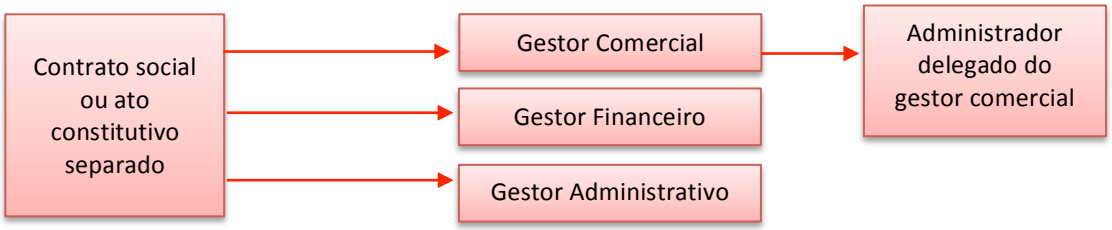
Fonte: Elaborado pela autora.

Figura 7 – Modelo de administração por mais de um sócio, exercida simultaneamente, na qual um ou mais sócios decide contratar e delegar poderes de administração a um gerente



Fonte: Elaborado pela autora.

Figura 8 – Modelo de administração por mais de um sócio, exercida com divisão de competências, na qual um dos administradores resolve ceder a um gerente uma parte ou todos os poderes de sua competência. (Divisão de competências vertical e horizontal)



Fonte: Elaborado pela autora.

No terceiro grupo de casos, os administradores da sociedade não são sócios desta, e sim terceiros nomeados para esta atividade. As configurações de administração são semelhantes ao primeiro grupo de casos (administrador único; administração simultânea, conjunta ou com divisão horizontal de tarefas), variando, apenas, a natureza do vínculo dos administradores com a sociedade, que, neste caso, não são sócios, apenas contratados para exercer esta função.

Por ser apenas uma variação, não serão apresentados diagramas. Também é possível vislumbrar quatro modelos neste grupo.

O quarto grupo de casos é uma mescla do segundo grupo com o terceiro. Em outros termos, os administradores não são sócios e há divisão vertical de competências com a nomeação de gerentes que respondem aos administradores. De igual forma, há quatro modelos neste grupo, que não serão apresentados em diagrama, pois consistem apenas em variações.

O quinto grupo de casos engloba as hipóteses em que haja uma administração plural, envolvendo administradores sócios e não sócios. Representa uma variação do primeiro grupo de casos, mais especificamente dos modelos das figuras 2, 3 e 4, com a peculiaridade de que há uma mistura de sócios e não sócios. Há três modelos neste grupo, que não serão apresentados em diagramas, seguindo a lógica anterior.

O sexto e ultimo grupo de casos é uma mistura do segundo com o quinto grupo. Em outros termos, envolve situações de administração plural em que há administradores sócios e não sócios e há, ainda, divisão vertical de tarefas, com a delegação de poderes a administradores.

São estas, basicamente, as conformações básicas que a administração nas sociedades limitadas pode assumir. É de se destacar que os modelos aqui listados não levam em consideração as hipóteses em que a sociedade limitada adotar, supletivamente, as regras da sociedade anônima, pois se defende que estas situações estarão contempladas nos modelos que serão listados no tópico abaixo.

6.2.1.1.2 Sociedade anônima

A sociedade anônima é uma espécie de sociedade institucional ou estatutária, que tem como característica a maior valorização do fim negocial a ser realizado, em detrimento dos sócios, que ocupam posição secundária, não sendo, sequer, nomeados no Estatuto Social. Ao contrário da sociedade limitada, de natureza contratual e, como regra, personalista (na qual os sócios são parceiros negociais que pactuam entre si cláusulas para o cumprimento de algumas finalidades sociais), na sociedade anônima, os sócios, denominados de acionistas, são aqueles sujeitos que possuem direito a uma quota do negócio

realizado, recebendo os frutos da atividade.

A sociedade anônima aparece apenas timidamente mencionada nos artigos 1088 e 1089 do Código Civil, pois as suas disposições específicas estão contidas em lei própria, qual seja, a Lei n. 6.404/76. Além da disciplina legal, as sociedades anônimas são regidas pelas disposições contidas no Estatuto Social, elaborado na assembleia de fundação da sociedade.

As sociedades anônimas, da mesma forma que as limitadas, tem por objeto social a realização de uma atividade econômica que propicie um sobrevalor a ser acumulado pelos sócios. Por óbvio, para que a sociedade seja admitida pelo Direito, este objetivo econômico deve estar de acordo com os limites do Ordenamento Jurídico, de modo que não é possível a constituição de uma sociedade para realizar fins ilegais ou criminosos.

Nas sociedades anônimas, como já ressaltado, os sócios são denominados acionistas, e detém uma parcela ideal da sociedade, as ações. Além das ações, as Sociedades Anônimas podem emitir e negociar outros valores mobiliários, a exemplo das debentures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (títulos que conferem ao proprietário o direito de subscrever ações em algumas condições). A depender da forma de negociação das ações e das debêntures, as sociedades anônimas poderão ser classificadas como sociedades de capital aberto (negociável nos mercados de balcão ou bolsa de valores, com oferta publica) ou capital fechado (circulação restrita, sem oferta pública). A diferenciação entre sociedades anônimas de capital aberto ou fechado é essencial para a estrutura de administração que esta tem de apresentar, segundo se extrai das disposições legais.

Conforme se extrai da redação dos artigos 138 e 139 da Lei de Sociedade Anônima, as companhias de capital aberto, de capital autorizado (abertas ou fechadas) e sociedades de economia mista deverão, obrigatoriamente, ter uma estrutura de administração bipartida, composta por dois órgãos, quais sejam, o Conselho de Administração e a Diretoria. Este sistema adotado pela Lei brasileira, consoante ensina Modesto Carvalhosa, é inspirado nas modernas legislações europeias e traz maior segurança jurídica para as Sociedades anônimas[552]. Para

[552] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 : artigos 138 a 205. 6. ed., rev., e atual. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3, p. 52.

as companhias fechadas privadas e de capital fixo, não há a obrigatoriedade da duplicidade dos órgãos de administração, de modo que esta poderá ser exercida pela Diretoria, apenas.

O Conselho de Administração é o órgão colegiado e deliberativo da companhia encarregado do processo de decisão e do direcionamento estratégico[553] da sociedade, atuando, nos dizeres de Modesto Carvalhosa, a fim de conciliar os interesses dos acionistas controladores e minoritários[554]. Apenas para recordar, como já se assinalou no tópico destinado ao estudo da Governança Corporativa, o sistema brasileiro do mercado de ações é marcado pela concentração de capital, ao contrário do sistema Estadunidense, em que as ações são pulverizadas, de modo que a compatibilização entre os interesses dos controladores e minoritários, evitando-se a exploração destes por aqueles é tarefa essencial do Conselho de Administração no mercado pátrio.

Além de fixar a orientação geral dos negócios da companhia, buscando o equilíbrio de forças, o Conselho de Administração possui outras nove competências, todas positivadas no artigo 142 da Lei n. 64.04/76. Segundo se extrai do artigo mencionado, são nove as atribuições do Conselho de Administração: fixação da orientação geral dos negócios, já mencionada; eleição, destituição e fixação das atribuições dos diretores; fiscalização da gestão dos diretores, incluindo o exame, a qualquer tempo, dos livros e papéis da companhia, bem como a solicitação de informações sobre os contratos; convocação da Assembleia Geral; manifestação sobre o relatório da administração e contas; manifestação prévia sobre atos e contratos, à luz da disciplina do Estatuto social; deliberação sobre títulos de crédito (ações ou bônus de subscrição); autorização para alienação de bens do ativo não circulante, constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; escolha e destituição da auditoria independente, se houver.

Estas funções legais são apresentadas de forma mais detalhada no Código de Melhores Práticas em Governança Corporativa[555], que destaca e verticaliza o monitoramento e a análise que o Conselho de Administração deve realizar dos negócios gerais da Sociedade e, em especial, da atuação dos

[553] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2009, p. 39.
[554] CARVALHOSA, 2014, p. 55
[555] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, op. cit., p. 40-42.

diretores, notadamente em questões que envolvem a nomeação do Diretor Presidente, da política sucessória tanto do Conselho quanto da Diretoria, da remuneração dos Diretores e, em especial, a avaliação da atuação dos Diretores em relação aos princípios da sociedade.

O Conselho de Administração é um órgão de deliberação colegiada. A composição do órgão, segundo se extrai do artigo 140, é de, no mínimo, três membros, eleitos pela Assembleia Geral de Sócios, com mandato que pode durar até três anos, permitida a reeleição. A lei faculta que o Estatuto preveja a possibilidade de representante dos empregados no Conselho de Administração, eleito por estes. Segundo o Código de Melhores Práticas em Governança Corporativa, a composição ideal do Conselho é de cinco a onze membros, sempre em número ímpar, para evitar empate nas votações[556]. Além disto, é ideal que este Conselho tenha uma composição plural, com diversidade de perfis, fator este que determinará a pluralidade dos argumentos e debate de ideias[557]. Dentre os membros, deve haver um Presidente que, segundo as recomendações do IBGC, não deve cumular as funções de Diretor Presidente com as de Presidente do Conselho de Administração.

Por ser um órgão necessariamente colegiado, é de se asseverar que os conselheiros não tem competência individual, tampouco decidem isoladamente, "embora caiba a cada um dos membros o poder de diligência junto aos diretores sobre assuntos de competência desse órgão"[558]. Desta forma, as deliberações devem ser realizadas em reunião, com convocação dos conselheiros, quórum para instalação e deliberação, e, por óbvio, maioria de votos, "não tendo eficácia nem a vontade isolada, prevalecendo a vontade dos conselheiros majoritários, eleitos pelo controlador ou pela comunhão dos controladores"[559]. O Conselho de Administração é um órgão interno da companhia, de modo que não possui poderes de representação externa, não podendo exercer esta representação nem mesmo em caso de vacância da diretoria.

A Diretoria, por seu turno, é o órgão de representação externa da companhia. Trata-se de órgão necessário em todas as companhias e, no caso das companhias privadas fechadas e de capital fixo em que não haja Conselho de

[556] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2009, p. 43.
[557] Ibid., p. 42.
[558] CARVALHOSA, 2014, p. 60.
[559] Ibid., p. 61.

Administração, a Diretoria assume as funções de ambos os órgãos. Em que pese a possibilidade da Diretoria assumir, também, as funções do Conselho de Administração, nos casos em que este não seja obrigatório, o Código de Melhores práticas em governança sugere que as sociedades sempre possuam Conselho de Administração, para a melhor gestão dos negócios.

A Diretoria possui funções decisórias, de execução da estratégia geral e representação da companhia. De acordo com o IBGC, a Diretoria é "o órgão responsável pela elaboração e implementação de todos os processos operacionais e financeiros, inclusive os relacionados à gestão de riscos e de comunicação com o mercado e demais partes interessadas"[560].

Consoante se extrai do artigo 143 da Lei das S/A, a diretoria deve ser composta de, no mínimo, dois diretores, cujo prazo de gestão não deve ser superior a três anos, permitida a reeleição. Valem, aqui, as mesmas observações outrora realizadas para o Conselho de Administração no que tange à pluralidade da composição. Os Diretores são escolhidos pelo Conselho de Administração ou, na sua ausência, pelos Sócios.

Ao contrário do Conselho de Administração, em que as deliberações são, como regra, colegiadas, a atuação da Diretoria pode ocorrer por decisão individual dos seus diretores, "sem embargo de, para determinadas matérias, adotar o processo deliberativo colegiado, em decisão formal"[561]. Cada diretor responde, individualmente, pelas decisões que adotar, no exercício de suas atribuições específicas. Da mesma forma que no Conselho de Administração, na Diretoria, também há um Diretor Presidente, que, como já se apresentou, não deve se confundir com aquele, segundo as recomendações do IBGC. O Diretor Presidente funciona como um elo entre a Diretoria e o Conselho de Administração. Os membros da Diretoria são escolhidos pelo Conselho de Administração, e, na ausência deste, pela Assembleia Geral. Importante assinalar que, nas Sociedades que adotam o sistema bipartido, as atribuições do Conselho de Administração e da Diretoria são próprias e indelegáveis.

A representação orgânica das Sociedades Anônimas (manifestação da vontade social perante terceiros) ocorre por meio da atuação dos Diretores e não do Conselho de Administração, que, conforme já afirmado, tem atribuições mais

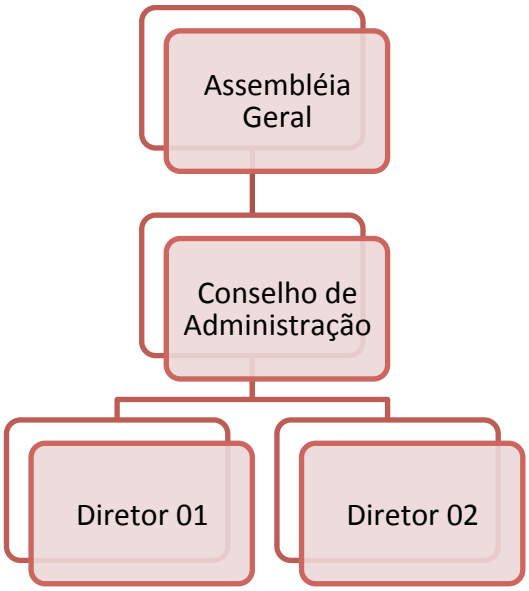
[560] CARVALHOSA, 2014, p. 69.
[561] Ibid., p. 61.

genéricas, no sentido de deliberar colegiadamente sobre os interesses da Companhia, não realizando atos diretos de gestão e representação.

Diante do exposto, podemos traçar alguns modelos de administração nas sociedades anônimas. No primeiro grupo, há as sociedades que optam por um sistema bipartido de representação, com Conselho de Administração e Diretoria. No segundo grupo, há aquelas com sistema unitário de representação, contido apenas da Diretoria.

No caso das Sociedades que optam pelo sistema bipartido, o Conselho de Administração, eleito pela Assembleia Geral e com as atribuições do artigo 142, e a Diretoria, eleito pela Diretoria, para o exercício das atribuições do artigo 143.

Fluxograma 1 - Sociedades anônimas com estrutura bipartida



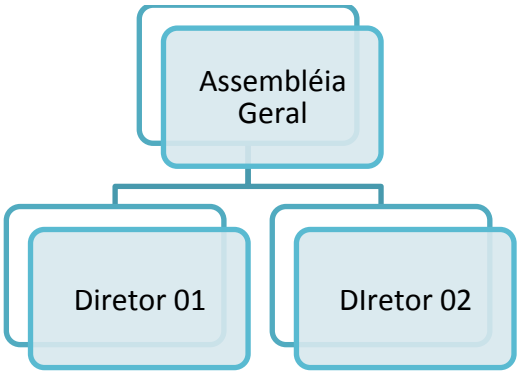
Fonte: Elaborado pela autora.

Neste grupo, é possível uma variação na estrutura administrativa no que tange à forma de organização da Diretoria, que pode atuar com repartição de competências simultânea, conjunta (em algumas matérias estabelecidas pelo estatuto) ou com repartição horizontal de atribuições. Remete-se o leitor ao tópico anterior, quando se tratou da estrutura da sociedade limitadas para a compreensão destas variações, evitando-se repetições desnecessárias.

Para as companhias que adotam o sistema unitário de representação, o segundo grupo, a Diretoria acumulará as funções do Conselho e as suas próprias funções, ou seja, competirá à Diretoria o exercício das funções dos artigos 142 e

143. A estrutura poderá ser representada de acordo com o seguinte fluxograma:

Fluxograma 2 - Sociedades anônimas com estrutura única



Fonte: Elaborado pela autora.

As variações quanto à estrutura da administração da diretoria permanecem neste modelo, fazendo-se a ressalva, apenas, de que, embora a estrutura de representação externa e negocial possa ser simultânea, conjunta ou com repartição horizontal, a Diretoria ainda acumula a função do Conselho de Administração, qual seja, de fixação geral dos negócios e de fiscalização dos demais Diretores, atos e negócios jurídicos, o que fará toda diferença para a atribuição de dever de garante dos diretores, nos termos que serão expostos no momento oportuno.

6.2.1.2 Responsável pelo Setor de Compliance

Além da figura dos administradores da sociedade, é necessário tratar do sujeito ou grupo responsável pela função de *compliance* na sociedade, caso exista o referido programa. A figura do responsável pelo Programa de *compliance* já fora tratada no item 4.6.10, para o qual se remete o leitor.

Apenas para relembrar, fora mencionado, outrora, que o funcionário responsável pelo *compliance* ou o órgão (no caso de pluralidade de funcionários) deve ser dotado de autonomia dentro da Instituição e comunicação direta com a alta administração da sociedade, para que possa exercer adequadamente a sua função. A forma de estruturação do setor de *compliance*, as responsabilidades assumidas pelos sujeitos no contrato e na descrição das atividades, bem como o grau de autonomia do setor são elementos que terão um papel fundamental na atribuição, ou não, do dever de garante deste sujeito.

6.2.2 Há dever de garante em relação ao crime de Lavagem?

Após a delimitação dos sujeitos da pessoa jurídica que guardam relação com o programa de *compliance*, bem como da estrutura de administração das sociedades, é chegado o momento de analisar se estes sujeitos possuem, ou não, dever de garante. Trata-se, como já explanado, do primeiro requisito para a configuração da responsabilidade penal por omissão imprópria, uma vez que o dever de garante é requisito do tipo e da autoria.

Consoante fora visto no capitulo anterior, o fundamento do dever de garante é encontrado à luz dos critérios positivados no artigo 13, servindo o domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvido por Bernd Schunemann, apenas para restringir a importação, acrítica, de conceitos extrapenais para o direito penal.

Diante da premissa do fundamento do dever de garante posta, cumpre enfrentar o problema parcial posto, no sentido de se discutir se os programas de *compliance* servem para fundamentar um dever de garante dos sujeitos listados no tópico anterior, tendo como base o Ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, o primeiro questionamento que merece resposta é: a lei brasileira antilavagem de capitais trouxe a previsão de um dever jurídico extrapenal que sirva para fundamentar um dever de garante criminal? Importante assinalar que, para este fim, deve-se levar em consideração apenas o que se encontra previsto na Lei em sentido formal, uma vez que os atos normativos apenas materiais que regulamentam a Lei de Lavagem de Capitais não se prestam a este papel, em homenagem ao Princípio da Legalidade e da reserva formal.

Além disto, é necessário analisar se a assunção fática de responsabilidades perante a sociedade empresária ou mesmo a ingerência poderiam fundamentar os deveres de garante no que concerne aos crimes de Lavagem de Capitais.

Por fim, é imprescindível investigar se os sujeitos com poder de gestão sobre a sociedade, ou aqueles responsáveis por um programa de *compliance* já implementado, no formato das relações jurídicas e assunção de responsabilidade em relação à função exercida na sociedade podem, em alguns casos, assumir,

faticamente, o compromisso de evitar o resultado.

É o que se passará a fazer nos subtópicos vindouros.

6.2.2.1 Dever de garante em decorrência da lei

No que concerne à Lei de Lavagem, conforme já se explanou no item 4.11.2 desta tese, verifica-se a previsão de alguns deveres que devem ser seguidos por pessoas físicas e jurídicas sujeitas à política de colaboração com o Estado na prevenção do crime. Na referida legislação, artigo 10, é possível observar que fora previsto, para os sujeitos obrigados, alguns deveres de vigilância em relação às possíveis práticas das tipologias do crime de Lavagem de Capitais no exercício da atividade econômica do agente. Os sujeitos obrigados tem o dever de identificar as operações e os clientes, registrar as referidas obrigações (cadastro atualizado), adotar políticas e procedimentos internos de conformidade com a Lei (adoção de programas de *compliance*), cadastrar-se no COAF para contribuir com a política e, ainda, possuem o dever de comunicar a este órgão, ou a órgão regulador próprio, a existência de operações suspeitas.

É inegável, portanto, que a Lei brasileira antilavagem de Capitais trouxe, para os sujeitos obrigados previstos no artigo 9º, *um dever de vigilância* em relação às práticas criminosas de Lavagem no exercício da sua respectiva atividade econômica. *Isto, contudo, não é suficiente para que se possa concluir pela existência de um dever jurídico penal de garante, nos termos do artigo 13, §2º,* a *do Código Penal*.

Além da presença de um dever de vigilância em relação a determinado bem jurídico, *é necessário que este seja amplo ao ponto de implicar a obrigação de evitar o resultado a este bem*. Em outros termos, não é suficiente que haja um dever de vigiar o bem, em consonância com o disposto no Código Penal Pátrio; faz-se mister que este dever de vigiar, de observar, seja acrescido de um complemento, consistente na obrigação de vigiar *para evitar a produção do resultado*. Com o perdão da redundância, apenas para que fique claro o posicionamento, o dever de vigilância deve englobar não apenas o mero acompanhamento das condutas lesivas, mas, também, o acompanhamento destas para agir quando houver algum perigo ao bem jurídico, visando a interromper o curso causal que levaria à produção daquele resultado que se

encaixa em um tipo penal de estrutura comissiva.

Tendo em vista o quanto sinalizado no parágrafo anterior, é de se afirmar que a Lei Antilavagem de Capitais não serve como fundamento para se extrair um dever jurídico-penal de garante por omissão imprópria dos sujeitos descritos no item 6.2.1 no que tange ao delito de Lavagem de Capitais. Isto porque, conforme já abordado nesta tese nos itens 4.11.2.9 e 4.11.2.10, a Lei Brasileira *não obrigou os sujeitos listados no artigo 9º ao cumprimento dos deveres de abstenção e de recusa em relação aos atos suspeitos e ou com indícios de Lavagem de Capitais*, limitando-se a exigir a identificação, o exame, o registro e a comunicação dos atos suspeitos ao COAF ou ao órgão regulador próprio. A comunicação do ato suspeito, acompanhada dos demais deveres, é suficiente para que o particular cumpra a sua obrigação de colaborar com a política estatal antilavagem de capitais, realizando a sua atividade econômica nos limites do risco permitido. Segundo aqui se defende, trata-se de uma opção de política criminal e econômica que é possível extrair da Lei, cujo objetivo fora o de evitar o engessamento das relações econômicas sob qualquer suspeita de crimes de lavagem. As atividades econômicas podem ser realizadas, mesmo que se encaixem nas hipóteses suspeitas da Lei, desde que haja a comunicação ao respectivo órgão de controle. Por óbvio, esta hipótese não abarca as situações de dolo e liame subjetivo entre os agentes para a prática do crime, uma vez que, nestes casos, é nítida a hipótese de conluio criminoso de pessoas. Relembre-se que a opção de não prever os deveres de abstenção e de recusa não foi a mesma da opção observada pelas Leis Portuguesa e Espanhola, uma vez que, nestas, os referidos deveres foram expressamente positivados, nos termos já tratados no subtópico acima mencionado, para o qual se remete o leitor.

Deste modo, os deveres de vigilância na Lei antilavagem de capitais não são específicos ao ponto de exigirem, além da atenção às práticas suspeitas de crime, a obrigação de se abster ou de recusar a realização destas condutas, sendo suficiente o mero cumprimento dos outros deveres, em especial o de comunicar as operações suspeitas ao COAF ou ao órgão de classe respectivo. Uma vez que o sujeito obrigado realize esta comunicação, poderá ele, segundo aqui se sustenta, prosseguir com a operação, realizando-a nos limites do risco permitido, porque os deveres de recusa e abstenção não foram previstos na lei, objetivando não inviabilizar a atividade econômica no país. Caso o sujeito

obrigado não comunique a operação suspeita, o ônus a ser arcado é, apenas, uma responsabilidade administrativa e civil do sujeito, *já que a comunicação serviria, apenas, para monitorar a operação e não para impedi-la*.

É possível concluir, portanto, que não se pode extrair, da Lei antilavagem Brasileira, nos termos em que está posta atualmente, um dever juridicopenal de garante. A análise não deve, contudo, ser interrompida aqui. Isto porque é possível que, no futuro, opere-se uma alteração legislativa para incluir os deveres de abstenção e de recusa no texto legal. Muito embora não seja uma medida desejável, uma vez que causaria alguns empecilhos ao exercício da atividade econômica no Brasil, esta alteração pode acontecer, sobretudo na hipótese de se verificarem situações midiáticas futuras que causem comoção social e motivem o exercício de um Direito Penal de emergência.

Assim, para que este estudo não fique incompleto, é necessário estender a investigação para esta análise hipotética, que pode ser resumida na seguinte indagação: caso a Lei de Lavagem, futuramente, preveja deveres de abstenção e recusa em relação aos sujeitos obrigados, isto poderia servir de fundamento legal ao dever de garante em relação aos sujeitos das sociedades anônimas e limitadas? Trata-se de uma análise mais delicada.

Com efeito, o primeiro ponto a ser discutido diz respeito ao titular do dever de vigilância. Inegavelmente, caso houvesse um dever de abstenção ou de recusa, restaria claro que este é de titularidade da pessoa jurídica, uma vez que seria esta o sujeito obrigado que firmaria, com terceiros, a operação comercial idônea a permitir a realização das condutas típicas de Lavagem de Capitais, previstas nos artigos 1º da Lei n. 9.613/98. Deste modo, o dever de vigilância para a evitação do resultado criminoso pertenceria à pessoa jurídica, em princípio. Fincada esta premissa, subsistiria a primeira dúvida: o referido dever se estenderia, também, aos sujeitos com poder de gestão sobre das sociedades, ou, ainda, àqueles responsáveis pelo programa de *compliance* já implementado? Não se trata de uma pergunta fácil de ser respondida.

Por um lado, é inegável, consoante já se assinalou em subtópico pretérito, que as pessoas jurídicas não possuem um organismo físico próprio que lhes permita agir, ou omitir, de modo que a conduta das pessoas jurídicas, no mundo real, é exteriorizada por meio da conduta das pessoas físicas.

Por outro lado, é também inquestionável que a pessoa física, ao

exteriorizar a conduta da pessoa jurídica, não a realiza em nome próprio e nem sequer como mandatária da sociedade; limita-se, conforme assinala Modesto Carvalhosa, a exteriorizar "a vontade da sociedade na esfera das atribuições de sua administração"[562]. Há, inclusive, uma clara distinção de personalidade, e de atos que são firmados pela pessoa jurídica e os que são firmados pelas pessoas físicas. Trata-se de premissa básica no Direito Empresarial que a pessoa física não se confunde com a pessoa jurídica. São distintos sujeitos em direitos e obrigações.

Assim, a transferência de deveres de um ente para outro, notadamente de deveres jurídicopenais de vigilância para a evitação do resultado positivados em lei, não pode se operar de forma automática, pela simples ligação com a pessoa jurídica, e também não pode ser, aprioristicamente, excluída, sem um estudo mais aprofundado, sob pena de deficitária análise da questão. É necessário investigar a temática com muita prudência e cautela, e, por isto, afirmou-se que o questionamento não tem uma resposta fácil.

Como se trataria de um dever de garante imposto à pessoa jurídica por lei, seria importante que a própria lei de Lavagem de Capitais, acaso alterada para incluir os deveres de abstenção e recusa, dispusesse sobre a possibilidade, ou não, extensão destes aos gestores da pessoa jurídica, bem como aos responsáveis pelo programa de *compliance*. Segundo aqui se entende, a Lei de Lavagem poderia adotar uma previsão semelhante àquela já existente na Lei dos Crimes ambientais, porém reduzida em relação aos sujeitos incluídos. A previsão expressa demonstraria a clara previsão de deveres, inteligível a todos os sujeitos anteriormente listados.

A Lei dos Crimes Ambientais positivou, expressamente, um amplo dever de vigilância às pessoas físicas que presentam a pessoa jurídica em relação aos crimes que ali estão previstos. No artigo 2º da mencionada Lei, há a previsão de que "o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir (...)"[563] também respondem pelo resultado criminoso. Trata-se de expressa

[562] CARVALHOSA, 2014, p. 508.

[563] BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

previsão de garante que poderia ser positivada na Lei de Lavagem de Capitais, reduzindo-se a quantidade de sujeitos, se o objetivo fosse estabelecer deveres de vigilância para evitar o resultado.

Caso a Lei de Lavagem de Capitais positivasse os deveres de abstenção e recusa em relação aos sujeitos obrigados, mas não trouxesse disposição expressa nos termos mencionados acima – o que não surpreenderia, tendo em vista que nem sempre o Legislador pátrio adota a melhor técnica legislativa – é de se questionar se ainda seria possível vislumbrar deveres de garante.

O fato da própria Lei de Lavagem não disciplinar especificamente a questão não permitiria a conclusão de que não haveria dever de garante para os sujeitos já mencionados. Como já afirmado, o Código Penal prevê, no artigo 13, que o dever de agir incumbe àquele que estiver, por lei, obrigado ao dever de proteção, cuidado ou vigilância para a evitação do resultado lesivo. E, como também já abordado outrora, por Lei é possível compreender qualquer diploma normativo formalmente revestido do caráter legal, de modo que se faz necessária a análise da legislação extrapenal.

Para as sociedades limitada e anônimas, recorte teórico desta tese, o Direito Civil adota a premissa de separação entre as pessoas físicas e jurídicas e limitação da responsabilidade daquelas pelas obrigações destas. Em outros termos, como as pessoas jurídicas possuem personalidade, existência e patrimônio jurídico próprios, distintos dos das pessoas físicas que a corporificam, observa-se a distinção entre ambas as pessoas, bem como a existência de limitação de responsabilidades. Assim é que, em princípio, as pessoas físicas que corporificam a pessoa jurídica não respondem civilmente pelas obrigações destas ultimas, mesmo quando tenham realizado a conduta em seu nome. Esta é a regra nestas espécies societárias.

Ocorre que a legislação não olvida dos casos de mau uso da personalidade jurídica, em que as pessoas físicas se escondem sob o "manto protetor" das pessoas jurídicas e, com isto, terminam realizando condutas nocivas a terceiros. Para estes casos, há a norma geral da desconsideração da personalidade jurídica, extraída do artigo 50 do Código Civil pátrio[564]. De acordo

providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[564] Além deste artigo, é possível observar a desconsideração da personalidade jurídica em matéria civil em outros dispositivos do Ordenamento, a exemplo das previsões contidas no Código de

com o referido artigo, nas hipóteses de abuso da pessoa jurídica, é possível haver a desconsideração desta, para que certas obrigações sejam estendidas aos administradores e sócios das pessoas jurídicas. São hipóteses de abuso, nos termos do referido artigo, todas aquelas relacionadas a ilícitos civis na condução da pessoa jurídica, como os casos de desvio de finalidade – conduta que destoe da finalidade prevista nos limites da lei, contrato ou estatuto social – e confusão patrimonial – quando a pessoa jurídica é utilizada para custear obrigações que não estão relacionadas à realização das suas próprias atividades, a exemplo do pagamento de dívidas pessoais dos sócios. Por óbvio, só se opera a transferência de responsabilidade em relação aos sócios e administradores que, "por ação ou omissão eficaz, podem ser responsabilizados pelo mau uso ou abuso da personalidade jurídica"[565]. Ou seja, a desconsideração não se opera em relação a todos os sócios e a todos os administradores, mas apenas àqueles que se encaixam nos termos apresentados.

Desta forma, embora, em princípio, haja uma distinção entre as pessoas físicas e jurídicas no que tange à existência e responsabilidade pelos atos, é possível perceber que esta distinção e separação não se opera de maneira absoluta. Isto porque, em relação às pessoas físicas que corporificam as pessoas jurídicas, pode haver transferência de responsabilidade nos casos de atos ilícitos praticados em nome da sociedade, entendidos como estes aqueles praticados com abuso da personalidade jurídica.

Isto permite concluir que, caso haja a previsão de um dever de garante às pessoas jurídicas – dever de vigilância para evitar condutas de Lavagem de Capitais – a realização, em nome da pessoa jurídica, de operações financeiras sem o cumprimento dos deveres de vigilância previstos na Lei de Lavagem de capitais representará, sim, um ato ilícito, praticado com abuso. E, enquanto ato ilícito e abusivo, permitirá a desconsideração da personalidade jurídica e transferência de responsabilidade às pessoas físicas (administradores e sócios). Deste modo, haveria um dever jurídico extrapenal a alguns sujeitos que presentam as sociedades anônimas e limitadas, quais sejam os administradores e

---

Defesa do Consumidor (artigo 28), no artigo 10 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo. Nada obstante, como estas previsões são restritas aos microssistemas mencionados, não se relacionando com a Lavagem de Capitais e a Corrupção, optou-se pela análise da disposição genérica.

[565] MAMEDE, 2007. v. 2, p. 241.

os sócios, caso, reitere-se, a Lei de Lavagem trouxesse a previsão de deveres de abstenção e recusa.

Estabelecida a premissa de que haveria um dever jurídico extrapenal dos administradores e sócios das sociedades anônimas e limitadas, é de se ressaltar que este não é suficiente para a imputação do dever de garante. Consoante já se afirmou, o dever extrapenal é o ponto de partida para que se possa falar em um dever jurídicopenal de garante. Para que se possa concluir eficazmente pelo dever de garante, é necessário, segundo aqui se sustenta, um fundamento material aos deveres formais, que é feito à luz da teoria do domínio.

Em outros termos, não basta a existência do dever extrapenal: faz-se mister que, além deste, o sujeito exerça um domínio sobre o fundamento do resultado. A análise sobre o domínio do fundamento do resultado é realizada com base na estrutura de gestão da sociedade.

No item 6.1.2, fora feita uma análise cuidadosa em relação aos gestores e sócios das sociedades anônimas e limitadas. Conjugando-se o que fora outrora mencionado com a discussão presente, é possível afirmar que somente poderão ser garantes aqueles que, tendo em vista a estrutura de administração societária, possuam um domínio sobre o fundamento do resultado, podendo, caso queiram, agir para evitar a produção daquele. Em outros termos, somente se poderá pensar em dever jurídicopenal de garante quando o sujeito tem chances reais de interferir nos atos praticados em nome da sociedade que levariam a produção do ato ilícito – no caso, as relações da sociedade com terceiros que se encaixem no crime de Lavagem de Capitais. Este domínio sobre o fundamento do resultado estará relacionado à estrutura de gestão da sociedade.

No caso das sociedades limitadas, foram apontados alguns modelos de gestão societária que variam em relação aos sujeitos que a exercem (apenas sócios, sócios, com delegação de poderes a terceiros, sócios e terceiros como administradores, e apenas terceiros na administração, sem a presença dos sócios), à forma de gestão (única, conjunta simultânea ou com repartição horizontal de competências. Ao final, foram encontrados seis grupos, totalizando 18 modelos de administração societária.

No caso dos modelos societários de administração única, apenas um dos sócios tem a função de administrar a sociedade, de modo que o controle dos atos praticados em nome da sociedade fica a seu critério. Assim, os demais

funcionários, se houver, estão sujeitos à autoridade deste administrador, que deve estabelecer as regras gerais de conduta para que sejam alcançados os objetivos sociais. Caso seja praticado, pelo funcionário, algum ato ilícito, subsiste, em princípio, dever jurídico extrapenal, que, para se tornar penal, implica que o gestor tenha, também, domínio sobre o fundamento do resultado, como nos casos em que o processo de negociação se inicie por delegação do gestor.

No caso dos modelos societários de administração conjunta, exercidos por sócios, por não sócios ou por ambos, nos quais a execução das condutas da sociedade depende da decisão majoritária dos administradores, subsistirá dever de garante em relação a todos, uma vez que as decisões são tomadas em conjunto, o que pressupõe que todos devem zelar para que não haja abuso da sociedade. A omissão, neste caso, é penalmente relevante, devendo os administradores se atentar para as implicações do que fora decidido pela maioria e, se for o caso, manifestar a sua discordância em relação à decisão. Caso não haja a manifestação da discordância e a maioria decida por atos lesivos e ilícitos, que impliquem a realização de uma conduta de Lavagem de Capitais, subsiste dever de agir para evitar o resultado. Caso haja a manifestação expressa da discordância, o administrador se isenta do seu dever, pois já realizou a ação que lhe cabia.

Nos modelos societários de administração simultânea, nos quais todos os administradores, sócios ou não sócios, podem agir isoladamente, podendo os demais impugnar o ato, o raciocínio é o mesmo aplicável aos modelos de administração conjunta. Na medida em que a administração incumbe a todos, indistintamente, é dever de todos vigiar para que não sejam realizados atos ilícitos, de modo a realizar, inclusive, a impugnação de ordens que conduzam a estes atos. Subsiste, portanto, um dever a todos os sujeitos administradores.

Por fim, no que tange aos modelos de administração setorizada, ou seja, naqueles em que há repartição horizontal de competências, cada administrador responde, apenas, pelos atos relacionados a sua matéria de gestão, não subsistindo responsabilidade pelos atos dos demais administradores, mas subsistindo dever de garante em relação aos subordinados. Observe-se que esta conclusão é diferente daquela apontada para os modelos de administração conjunta e simultânea por uma simples razão: havendo repartição horizontal de competências, cada um só domina o que lhe é devido, não tendo domínio sobre

os demais resultados, que fogem a sua esfera de atuação. Assim, mesmo que sejam administradores, estão excluídos da posição de garante em relação às demais matérias por não possuírem o domínio sobre o fundamento daquele resultado. Nada obstante, se houver matérias de administração conjunta, estes administradores são, no tocante a estes assuntos específicos, garantes, pois, neste caso, tem fundamento sobre o resultado.

Importante assinalar que os sócios que não exercem o poder de gestão na sociedade, apenas realizam o aporte e transferência de capitais para que esta possa exercer a sua atividade econômica estão excluídos do dever de garante, mesmo sendo titulares de cotas ideais da sociedade. A razão da exclusão reside no fato de que estes sócios, por estarem alheios à forma de administração da sociedade, não possuem um domínio sobre o fundamento do resultado, não podendo ostentar a posição de garante sob o aspecto jurídicopenal.

No que tange à sociedade anônima, é possível verificar dois grandes grupos de gestão: a gestão bipartida em órgãos, nos casos em que se verifica a presença do Conselho de Administração e da Diretoria, e gestão unitária, nas sociedades que possuem apenas Diretoria, nas hipóteses de facultatividade do Conselho. A análise do dever de garante deve ser bipartida nestes casos.

No tocante às sociedades que tem estrutura dupla de administração, com Conselho Societário e Diretoria, os membros do Conselho de Administração tem, em princípio, o dever de jurídico extrapenal em relação às condutas praticadas pela Diretoria. Isto fica claro com a interpretação do artigo 142 da Lei das Sociedades Anônimas, que estabelece, no inciso III, ser dever do órgão a "fiscalização da gestão dos diretores" e o exame, a qualquer tempo, dos livros e papéis da companhia e a solicitação de informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração e quaisquer outros atos. Esta nítido, nesta passagem, um dever de vigilância em relação à Diretoria e aos negócios por este órgão realizados. Nada obstante, em que pese este dever, é necessário investigar se há domínio sobre o fundamento do resultado. Trata-se de questão que merece uma análise cuidadosa, uma vez que a Lei não determina o momento da fiscalização dos atos de gestão dos diretores, estabelecendo, apenas, a necessidade daquela. A fiscalização pode ocorrer posteriormente à realização do ato, quando o sujeito não tem qualquer domínio sobre o fundamento do resultado. Se a fiscalização ocorrer antes, há que se discorrer se o Conselheiro pode exercer um domínio

sobre o fundamento do resultado, tendo em vista que a decisão, neste órgão, não ocorre de maneira isolada, e sim colegiada. Segundo aqui se defende, em abstrato, o Conselheiro pode sim dominar o fundamento do resultado, pois tem o poder de, no exercício da fiscalização, levar o ato ao conhecimento dos demais membros do órgão para deliberação colegiada no sentido de impedir ou interromper a prática deste. A análise concreta da possibilidade do Conselheiro conseguir, ou não, impedir aquele resultado específico deve ser tratada em cada caso, nas categorias da capacidade de ação e do nexo de causalidade. É inegável, contudo, que o Conselheiro tem a possibilidade abstrata de enviar o assunto ao Conselho, interrompendo o ato criminoso, de modo que é possível pensar, em princípio, no domínio abstrato do fundamento do resultado.

No que concerne aos Diretores, dentro da estrutura bipartida, o raciocínio é o mesmo aplicado à estrutura das sociedades limitadas: no caso de estruturas simultâneas ou conjuntas, subsiste um dever de garante, pelos fundamentos já apresentados; no caso de Diretoria estruturada com repartição horizontal de competência, não subsiste dever de garante em relação aos membros da mesma escala hierárquica, porque um Diretor não tem nem o dever em relação aos atos dos demais diretores, nem o poder, uma vez que, pela sua esfera de atribuições, não domina a ocorrência do resultado incluído na competência de outro Diretor.

O raciocínio quanto à diretoria varia, um pouco, em estruturas unitárias. Nestas, como a Diretoria acumula as funções do Conselho de Administração, subsiste para os Diretores, independente da estrutura de representação escolhida, o dever de garante, por força da mesma previsão do artigo 142, III.

Os acionistas da Sociedade Anônima, da mesma forma que os sócios da sociedade limitada, quando estiverem excluídos da administração da sociedade, não possuem domínio sobre o fundamento do resultado, estando, portanto, excluídos da categoria de garante.

Os responsáveis pelo setor de *compliance* que não sejam administradores ou sócios não estão abarcados nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, e, deste modo, não se encaixam na moldura do dever legal, segundo aqui se entende. Quanto a estes, a sua responsabilidade, se houver, deverá ser analisada quando do tratamento das outras fontes do dever de garante, o que será feito nas linhas que se seguem.

Para concluir este subtópico, alguns esclarecimentos precisam ser feitos.

A uma, é de se ressaltar que, como já exaustivamente mencionado, a presença do dever de garante não significa a automática atribuição de responsabilidade penal a título de omissão imprópria. Faz-se imprescindível que, além do dever de garante, estejam presentes os demais requisitos dos crimes omissivos impróprios, nos moldes que serão analisados nas linhas subsequentes, sob pena de automática e indesejável objetivação da responsabilidade penal dos cidadãos, inaplicável quando se trata de Direito Penal.

A duas, é de se afirmar que a construção pelo dever de garante, aqui esboçada, exige uma expertise específica e de difícil intelecção mesmo para profissionais do Direito, de maneira que não se olvida a possibilidade de se verificar, em muitos casos, hipóteses de *erro de proibição* do administrador, no sentido de erro em relação ao dever de garante deste. Para evitar isto, melhor seria que o Legislador criminal adotasse a premissa da Lei dos Crimes ambientais, como já se ressaltou outrora.

6.2.2.2 Dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade

Com relação à posição de garante por assunção de responsabilidade, algumas discussões surgem. Antes de apresenta-las, no entanto, faz-se mister relembrar que, como já apontado no capitulo 5, a assunção de responsabilidades, nos termos do artigo 13, §2º, II, não se limita à formulação do Contrato formal, englobando as situações em que o sujeito expressa, de forma livre e consciente, a sua vontade em obrigar-se a evitar a produção de um resultado lesivo. Diante destas premissas, é possível selecionar quatro situações que merecem análise verticalizada, no sentido de verificar a existência, ou não, de um dever de garante. A primeira delas diz respeito aos gerentes, nas sociedades em que haja a delegação de poderes de administração do gestor originário a um terceiro; a segunda diz respeito ao sujeito responsável pelo programa de *compliance*; a terceira se refere aos administradores apenas de fato; e, por fim, a ultima é a hipótese em que uma determinada pessoa jurídica assume o compromisso de evitar os atos lesivos de Lavagem de Capitais.

No que tange à hipótese dos administradores delegados, ou seja, dos gerentes, (ver item 6.1.2), é de se assinalar que a delegação de poderes a estes pelo Gestor Principal, bem como a assunção voluntária de obrigações pelos atos

da sociedade, manifestada pela contratação, tem o condão de criar, para os gerentes, um dever jurídico extrapenal em relação aos atos ilícitos da Pessoa Jurídica. O gerente que se compromete a administrar, por delegação de poderes, tem dever em relação aos poderes de administração que lhes foram delegados, pois assumiu este compromisso. Subsiste, em princípio, um dever jurídico extrapenal, que não decorre da lei, como se verifica com os administradores, e sim da assunção de responsabilidade. É necessário investigar, contudo, se esse dever jurídico extrapenal serve de fundamento para o dever de garante penal. Na estrutura atual da legislação Brasileira, que, consoante já assinalado reiteradas vezes, não prevê os deveres de abstenção e recusa para a sociedade, não subsiste dever de garante para os administradores e, por via de consequência, também não deveria subsistir para os gerentes que assumem parcela ou toda a responsabilidade daqueles. Isto por uma razão básica: se não existe a responsabilidade legal para o gestor principal, o gestor delegado, que assume a responsabilidade daquele, não pode ter um dever maior do que o originariamente previsto.

A situação se alteraria na hipótese de ser previsto, em lei, os deveres de abstenção e recusa, que, por seu turno, seriam transferidos ao administrador principal, nos termos já demonstrados no capitulo anterior, e poderia, por sua vez, ser assumido pelo gestor delegado na sua posição de substituto. Deve-se avaliar, contudo, se este gestor secundário (delegatário) teria poderes de domínio sobre o fundamento do resultado. Segundo aqui se sustenta, o seu domínio sobre o resultado ficaria restrito às hipóteses de atos praticados por funcionários da escala inferior que estivessem sob a sua coordenação, mas não subsistiria em relação aos atos decididos na escala superior (por outros administradores). Em outros termos, só subsistiria dever de garante na hierarquia inferior, nunca na superior, porque o administrador delegado não tem poder de controle sobre os administradores originais.

A segunda situação que merece análise diz respeito ao caso dos responsáveis pelo setor de *compliance*. Débora Motta Cardoso, em tese de doutoramento específica sobre o *compliance* e a Lei de Lavagem de Capitais no Brasil, afirma que o *compliance officer* tem dever de garante nas hipóteses em que, “por aceitação voluntária ou contratual se coloca na posição de garante da

instituição financeira com relação às políticas antilavagem"[566]. Tratar-se ia do dever de garante pela assunção de funções de guarda e assistência a bens jurídicos. Segundo a autora, a posição de garante decorre não só deste vínculo contratual, mas da confiança na pessoa do garante e sua pronta intervenção no fato suspeito: "(o) *compliance officer* enquanto garantidor confere a todos os demais membros do banco a segurança de que o crime de lavagem de dinheiro não será praticado dentro da empresa"[567].

Não se concorda com a premissa assinalada pela autora, nos termos atualmente postos pela Legislação Brasileira. Com efeito, o *compliance officer*, ao aceitar o cargo, assume os deveres de vigilância relacionados aos deveres da pessoa jurídica[568]. Assim, o seu dever de garante está limitado à existência de igual dever de evitação dos resultados criminosos pertencente à pessoa jurídica, que, consoante já se viu, inexiste nos limites da estruturação atual da Lei brasileira.

A solução seria outra caso a Lei brasileira trouxesse a obrigação das pessoas jurídicas vigiarem suas operações para evitar atos suspeitos de lavagem (deveres de abstenção e recusa). Neste caso, poder-se-ia pensar que a assunção do cargo de *compliance officer* implicaria a assunção de responsabilidade pela evitação dos resultados criminosos de Lavagem de Capitais no bojo da sociedade empresária. Importante ressaltar, contudo, que é necessário ter em mente, sempre, o filtro do domínio sobre o fundamento do resultado. Assim, o domínio seria integral caso o *compliance officer* de fato ocupasse uma posição de autonomia na sociedade que lhe permitisse, inclusive, barrar os atos dos demais administradores, pois, nesta hipótese, haveria o domínio sobre o fundamento do resultado. Caso a estrutura hierárquica do *compliance officer* lhe permitisse, apenas, poderes parciais, em relação aos subordinados, o dever de garante seria

---

[566] CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do "compliance" no direito penal*: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 164.

[567] Ibid., p. 167.

[568] "(...) o requisito prévio para se poder falar em uma posição de garante do responsável de cumprimento neste ponto é que se trate de uma omissão em evitar delitos por cuja evitação o empresário é garante". No original: "el requisito prévio para poder hablar de una posición del garante del responsable del cumplimiento en este punto es que se trate de uma omisa evitación de delitos por cuya evitación el empresário es el garante". Cf. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 181.

parcial, em relação aos atos ilícitos realizados por estes.

A terceira situação que merece análise diz respeito aos administradores de fato da sociedade. Para não tornar a redação repetitiva, deve-se afirmar que a resposta segue a mesma linha dos dois casos já citados: subsistiria dever de garante aos administradores meramente de fato apenas na hipótese de haver a previsão de deveres de abstenção e recusa impostos à pessoa jurídica, que figura como sujeito obrigado na Lei. Estes deveres estariam condicionados ao domínio sobre o fundamento do resultado, na forma de administração da sociedade (ver subtópico anterior). Nos moldes atuais, os administradores de fato, nos mesmos termos que os administradores de direito, não possuem dever de garante.

Por fim, a ultima situação diz respeito à hipótese em que uma determinada sociedade possua um programa interno de *compliance* e, no bojo deste, assuma como compromisso a evitação da prática de atos de Lavagem de Capitais. É possível pensar, neste sentido, em uma sociedade que faz parte de um conglomerado multinacional com atividade econômica em vários países, alguns dos quais os deveres de abstenção e recusa são previstos. Neste caso, o programa de *compliance* segue as diretrizes genéricas e, no Código de Conduta, ou, ainda, em algum outro documento escrito, há a menção de que a sociedade se obriga a prevenir a prática do crime de lavagem, não realizando, por exemplo, transações em espécie que excedam 50 mil reais.

Neste caso, é inegável que a pessoa jurídica assumiu o compromisso não só de vigilância, mas, também, de evitação do resultado criminoso. A problemática em relação a este tema diz respeito à transferência desta responsabilidade para os demais sujeitos cujo dever aqui se analisa, quais sejam, os gestores da pessoa jurídica e os responsáveis pelo programa de *compliance*. Segundo aqui se defende, a transferência deste dever, que não é legal, apenas se opera para a pessoa física administradora, de fato ou de direito, ou o *compliance officer* assumirem, também, este compromisso expresso. Em outros termos, deve ser analisada a descrição *contratual* das funções do agente, ou, ainda, a manifestação de vontade expressa destes sujeitos.

Os Códigos de Conduta, e demais documentos escritos são, como regra, recebidos pelos administradores e pelo *compliance officer*, acompanhados de um termo de declaração e compromisso. Neste termo de declaração, há o compromisso de obediência aos termos expostos no documento referido. Além

disto, mesmo que não haja o compromisso escrito, os Documentos escritos são objeto de treinamento, no bojo do qual são passadas as instruções e observações, bem como os deveres que incumbem a cada qual pela função exercida. Tanto o compromisso de recebimento e aceitação do documento, quanto o treinamento, podem servir para a assunção do dever de garante nestes casos.

Nada obstante, o mero compromisso da pessoa jurídica em evitar um resultado que a lei não lhe obriga não implica na automática responsabilidade do gestor desta, pois, para que haja este dever, o gestor, de fato e de direito, e o *compliance officer* devem assumir, pessoal e especificamente, este dever. O compromisso genérico de gestão não inclui este compromisso especial de evitar a prática deste crime.

Por fim, faz-se necessário reforçar a possibilidade de, também nestes casos, verificar-se um concreto erro de proibição dos sujeitos aqui listados quanto ao seu dever de garante.

6.2.2.3 Dever de garante pela posição de ingerência

Deve-se discutir, para finalizar os deveres de garante em face do crime de Lavagem de Capitais, a ingerência, nos termos positivados no artigo 13, §2º, III, do CP em relação à política estatal antilavagem de capitais. Neste sentido, deve-se investigar se a realização de um comportamento anterior ilícito pode gerar o dever de garante dos sujeitos já mencionados no que concerne ao crime de Lavagem.

A análise da ingerência está relacionada à omissão em estruturar, de forma adequada, um programa de cumprimento que observe as exigências da Lei de Lavagem de Capitais, ou, ainda, a omissão em cumprir as obrigações estabelecidas na lei. Sem quaisquer dúvidas, o sujeito obrigado que não cumpre as disposições dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei antilavagem de capitais realiza um comportamento omissivo e ilícito, sujeito às sanções previstas no artigo 12 da mencionada Lei, de modo que seria interessante investigar se, neste caso, surge para ele um dever de garante em relação ao crime em questão.

Segundo aqui se entende, a omissão em estruturar um programa de *compliance* adequado para auxiliar o Estado na política antilavagem de capitais,

ou, ainda, a abstenção na realização de alguma das obrigações previstas em lei, como a obrigação de notificação, mesmo que constitua um ato anterior ilícito que contribui para o êxito das práticas antilavagem de terceiros, não gera, para os sujeitos já mencionados no item 6.2.1, um dever jurídicopenal de garante, limitando-se a originar a responsabilidade civil e administrativa da sociedade e do gestor.

A conclusão acima decorre da interpretação teleológica das previsões que obrigam os sujeitos listados na Lei de Lavagem. Como já exposto, por opção de política criminal, o Estado Brasileiro não quis interromper os negócios suspeitos de Lavagem, pois não trouxe os deveres de abstenção e recusa. Isto, como também já se asseverou, decorreu do fato de não ser objetivo da política antilavagem o engessamento das relações econômicas, que poderia trazer prejuízos financeiros de grande monta para o país.

Desta forma, o programa não tem o condão de evitar o resultado Lavagem de capitais, mas, apenas, monitorar as operações realizadas no Brasil, de modo que o não cumprimento das disposições dos artigos 9, 10 e 11, não se trata de uma omissão que criou o risco da ocorrência do resultado, não havendo espaço para se tratar da existência de um dever de garante por ingerência, nesta hipótese. Caso o programa fosse positivado com o fito de evitar o resultado, poder-se-ia falar em um ato ilícito que coloca o administrador em posição de ingerência, muito embora isto não fosse tão relevante para a criação do dever de garante, que já seria analisado, previamente, em decorrência da Lei.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, analisando um caso de ausência de notificação de operações suspeitas, também concluiu da mesma forma que assinalada anteriormente. O Tribunal se manifestou sobre o tema no julgamento de Recurso de Apelação interposto por J.E.F.V. e F.D.F, Diretores de da concessionária de veículos “Brilhe car”, os quais foram condenados, em primeira instância, a uma pena de 03 anos de reclusão em regime aberto e 100 dias multa, no valor de dez salários mínimos o dia, sendo a pena substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Segundo se extrai dos autos da ação penal tombada sob o número 2005.81.00.014586-0[569], que tramitou na 11ª Vara Federal da seção Judiciária do

[569] BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Ação Penal Pública n. 2005.81.00.014586-0. Juiz: Juiz Fed. Danilo Fontenelle Sampaio. 11. Vara Federal. Fortaleza, 28 jun. 2007. *Diário*

Ceará, o caso versou sobre o crime de furto ao Banco Central do Brasil, com sede no Ceará, orquestrado por uma "organização criminosa", que, posteriormente à subtração, praticara o delito de Lavagem de Capitais, por meio da ocultação e reinserção de dinheiro oriundo da prática do crime antecedente de organização criminosa.

Consoante a narrativa fática, membros da "organização criminosa" responsável pelo famoso assalto ao Banco Central na cidade de Fortaleza, após realizarem todos os atos preparatórios, executórios e, enfim, consumarem o delito de furto, adquiriram, no dia 06 de agosto, da empresa Brilhe Car, de propriedade de J.E.F.V. e F.D.F.V., nove veículos, no valor de R$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), pagos em espécie, em notas de cinquenta reais. A aquisição fora negociada pelo réu J.C.M.M., o qual fora preso em flagrante, de posse dos veículos e de uma quantia em dinheiro, no dia 07 de agosto, quando estava na estrada, com destino a São Paulo.

Constatados os fatos, os diretores da Brilhe Car devolveram às autoridades policiais 16.386 cédulas de cinquenta reais, o que totalizava quase R$ 819.300,00 (oitocentos e dezenove mil e trezentos reais).

O Ministério Público, em denúncia, alegou que a negociação feita entre a Brilhe Car e J.C.M.M. era suspeita, em virtude das condições da venda e do pagamento, além de ser nebulosa a relação entre os sócios e o réu J.C.M.M. Desta forma, estariam os diretores da Brilhe Car incursos na pena do crime do artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II, na redação original da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Isto porque ambos teriam recebido, para ocultar ou dissimular bens, valores oriundos de crime.

A suspeição da negociação adviria da inobservância dos deveres impostos aos comerciantes de bens de luxo e alto valor pela Lei n. 10.701/2003, que fez a primeira alteração na parte de sujeitos obrigados da Lei de Lavagem de Capitais.

Com base nessas premissas, o Magistrado de primeira instância faz a análise dos fatos em questão para, ao final, concluir que houve sim a prática do delito de Lavagem de Capitais pelos Diretores da Pessoa Jurídica em comento,

---

oficial do Estado, Fortaleza, 24 jul. 2007c. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 14 abr. 2015.

praticado em dolo eventual, tendo em vista que estes não se abstiveram da negociação suspeita, tampouco a notificaram às autoridades competentes, descumprindo a obrigação legal a que estavam sujeitos no exercício das suas atividades. Em outros termos, a inobservância dos deveres de compliance fundamentou a condenação dos acusados, tanto no aspecto da tipicidade objetiva como da tipicidade subjetiva, em que pese isto não esteja bem delineado na sentença, que peca pela generalidade em muitos pontos.

O relator do recurso interposto pelos Diretores, em seu voto, afirma que a sociedade empresária em questão não se adequava às previsões da Lei de Lavagem de Capitais à época, pois o objeto comercial era a revenda de carros usados, que não se encaixariam em bens de alto luxo. Nada obstante, o Relator afirma que, caso a sociedade pudesse ser enquadrada nos dispositivo da Lei, à época, ainda assim não deveria subsistir responsabilidade, pois a ausência de notificação ensejaria, apenas, responsabilização administrativa. Eis o trecho específico do voto em análise:

> E, mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, *penso que a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2º, incisos I e II)*. E, no caso concreto, os meros indícios são insuficientes para a conclusão de que os apelantes tivessem ciência da origem criminosa dos valores. Diferente seria se a transação tivesse se realizado após a ampla divulgação que foi dada pela imprensa ao furto cometido pelos co-réus. É evidente que, na cidade de Fortaleza, o aparecimento de imenso volume de dinheiro em notas de R$ 50,00 levaria à imediata ilação de se tratar do numerário furtado.[570]

Ou seja, nos termos expostos pelo Relator, o mero descumprimento das normas de prevenção à Lavagem, sem a comprovação do envolvimento adicional dos Diretores no crime, é insuficiente para originar um dever de garante e, por via de consequência, gerar a responsabilidade criminal, resultando, apenas, na responsabilidade civil e administrativa.

Muito embora o caso em questão se trate de ação (pois os Diretores condenados em primeira instância negociaram o contrato), a análise do julgado serve para corroborar a premissa aqui trazida, no sentido de inexistir dever de garante nos moldes atuais.

---

[570] BRASIL, 2008, p. 99, grifo nosso.

Conclui-se, portanto, que a ingerência não pode ser fonte do dever de garante para os crimes de Lavagem de Capitais, ao menos sem que haja a previsão dos deveres de recusa e abstenção.

6.2.3 Há dever de garante em relação ao crime de Corrupção?

Concluída a análise da (in)existência de deveres de garante em relação aos crimes de Lavagem de Capitais, é necessário, ainda, investigar se os gestores da Pessoa Jurídica, bem como o(s) responsável(is) pelo Programa de *Compliance* tem dever de garante em relação aos crimes de corrupção e demais atos lesivos listados no artigo 5º da Lei n. 12.846/2013.

Da mesma forma que o estudo em relação à Lavagem de Capitais, a investigação deste tema também será dividida nas três fontes do dever de garante previstas no artigo 13,§2º do Código Penal Pátrio.

6.2.3.1 Dever de garante em decorrência da lei

Para que se possa investigar sobre a existência, ou não, do dever de garante em relação aos crimes de corrupção e demais atos listados no artigo 5º da Lei anticorrupção, faz-se mister a interpretação sistemática desta mesma Lei.

Neste sentido, é de se afirmar que, consoante se extrai do artigo 2º da Lei anticorrupção, as Pessoas Jurídicas possuem responsabilidade administrativa e civil *objetiva* em relação aos crimes de corrupção e demais atos criminosos listados no artigo 5º. Muito embora a responsabilização objetiva do ente abstrato seja questionável (ver item 3.3.4.1), devendo ser substituída pela responsabilidade subjetiva, fato é que, tanto em uma hipótese quanto na outra, seria possível extrair a responsabilidade da Pessoa Jurídica por atos de corrupção e demais listados no artigo 5º que forem praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, inclusive por parceiros negociais (terceiros).

Assim, a redação do artigo 2º já permite concluir que a pessoa jurídica tem o dever extrapenal de evitar os atos lesivos contra a administração pública, sob pena de responder por estes, de forma objetiva. Ou seja, ao contrário do que ocorre com a Lei Antilavagem de Capitais, no caso da Lei anticorrupção, é clara a previsão do dever de vigilância para evitar a prática do resultado, dever este de

titularidade, em princípio, da Pessoa Jurídica.

Fincada esta premissa, a investigação deve avançar no sentido de se perquirir se este dever pode ser transferido aos sujeitos mencionados no item 6.2.1. Neste sentido, nos moldes da análise já feita no que concerne ao dever de garante em decorrência da Lei para a Lavagem de Capitais, na hipótese de existência do dever para a pessoa jurídica, é possível atribuir, por força da Lei, o mesmo dever extrapenal à pessoa física que administra a sociedade (ver item 6.2.2.1). A transferência é extraída da previsão da desconsideração da personalidade jurídica, que, no caso da Lei anticorrupção, tem, inclusive, previsão expressa, no artigo 14 do referido diploma legislativo, nos termos outrora expostos, para os quais se remete o leitor.

Nada obstante, é de se destacar que este dever jurídico extrapenal deverá ser limitado pelo critério do domínio sobre o fundamento do resultado para que se possa falar em dever juridicopenal de garante. Assim, para os administradores das sociedades limitadas, subsistirá dever de garante caso estas sejam estruturadas no modelo de administração única, conjunta e simultânea, inexistindo dever no caso de administração com repartição horizontal de competências, por inexistir domínio sobre o fundamento do resultado. Já no que concerne às sociedades anônimas, é necessário investigar se se trata de gestão bipartida ou única: no caso da gestão bipartida, os membros do conselho de administração tem dever de garante em relação aos atos dos diretores, pois tem o poder de levar o ato ao conhecimento do conselho e impedir a ocorrência deste e, ainda, tem um dever de fiscalização, nos termos do artigo 142, III da Lei da Sociedade anônima. A responsabilidade dos Diretores, contudo, ficará sujeita à forma de divisão das responsabilidades da diretoria, aplicando-se a mesma regra vista para as sociedades limitadas. No que tange às sociedades anônimas que possam ser estruturadas sob forma de administração única, os Diretores, por assumirem as funções do Conselho de Administração, terão dever de garante, independente do formato de distribuição de competências.

Estão isentos de dever de garante os sócios e acionistas que não administram a sociedade empresária. O responsável pelo *compliance* que não seja administrador não tem a sua responsabilidade em decorrência da Lei, podendo ter em decorrência da assunção de responsabilidade, nos termos que serão vistos abaixo.

6.2.3.2 Dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade

No que concerne ao dever de garante para evitação da corrupção e demais atos lesivos listados no artigo 5º, cuja fonte é a assunção da responsabilidade, deve-se analisar as situações do Responsável pelo Setor de *Compliance*, do administrador de fato e do administrador delegado.

Neste sentido, uma vez que a Lei prevê um dever jurídico extrapenal para as pessoas jurídicas, todos esses sujeitos acima listados, uma vez que assumam o compromisso de gestão (administrador de fato e delegado) ou de verificação da licitude dos procedimentos internos (responsável pelo *compliance*) possuem, também, um dever jurídico decorrente da assunção de responsabilidade. Para que este dever jurídico seja de garante, ou seja, transforme-se em um dever jurídicopenal, faz-se mister que haja o compromisso específico dos agentes. Para evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor ao tópico 6.2.2.2, quando se tratou do dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade para os crimes de Lavagem de Capitais.

6.2.3.3 Dever de garante pela posição de ingerência

Por fim, é devida a análise do dever de garante por força da ingerência, que consiste na realização de conduta precedente ilícita que crie o risco da ocorrência do resultado. Sob esta perspectiva, é de se asseverar que a não implementação de um programa de *compliance* específico para os crimes de corrupção, bem como a inobservância das regras do próprio programa existente configura, sem dúvida, a prática de atos ilícitos que contribuem para os resultados listados no artigo 5º da Lei. Como o objetivo da Política Anticorrupção foi a evitação dos atos lesivos à administração pública, observa-se que, ao contrário do que ocorre na Lei antilavagem de Capitais, a omissão gera dever de garante, mas, segundo aqui se defende, este dever de garante tendo como fonte a ingerência é supérfluo, uma vez que já é possível extrair o dever por força da Lei e da assunção de responsabilidade, nos termos apresentados outrora.

6.3 A OMISSÃO DOS SUJEITOS RELACIONADOS AOS DEVERES DE *COMPLIANCE*: NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO COMPORTAMENTO ATIVO E OMISSIVO

Ultrapassada a análise sobre a existência, ou não, de dever de garante em relação aos crimes de Corrupção e Lavagem, faz-se imperioso, antes de adentrar na relação dos requisitos estruturais do tipo omissivo impróprio com os requisitos de estruturação adequada dos programas de *compliance*, tratar da necessária diferenciação entre ação e omissão aplicada ao recorte temático proposto nesta tese.

Como se afirmou no item 5.2.1, ação e omissão não são comportamentos equivalentes, tampouco podem ser incluídos dentro da rubrica de um supraconceito, uma vez que se tratam de duas categorias de conduta punível distintas no mundo do ser, cujas estruturas dogmáticas devem observar esta distinção. Como consequência disto, uma vez que ação e omissão não se confundem, é necessário adotar critério(s) distintivo(s) entre ambas, notadamente em situações de sucessão de ações e omissões, muito comum em matéria de criminalidade econômica, marcada pela pluralidade de agentes com divisão de tarefas.

Segundo já se assentou no item 5.2.2 desta tese, a diferenciação entre a ação e a omissão deve ser efetuada como base nos critérios da energia e da causalidade, dispensando-se os critérios referentes à ilicitude do fato, os quais terminam por trazer fluidez à distinção entre ação e omissão, ocasionando, por via de consequência, insegurança jurídica e, até mesmo, tratamento mais gravoso dos crimes omissivos. Desta forma, só será possível falar em omissão quando o sujeito não interferir (não realizar um dispêndio de energia corporal) em um curso causal que conduzirá a um resultado criminoso, iniciado por uma causa natural ou por outra pessoa. Em outros termos, o resultado criminoso produziu-se, ou deveria produzir-se, por um curso causal oriundo de energia corporal estranha ao sujeito garante, que, por sua vez, será responsabilizado justamente pela não interferência neste curso causal.

Rememorada esta premissa já estabelecida em outra oportunidade, é de se afirmar que, uma vez presente o dever abstrato de garante do sujeito, para que se investigue a responsabilidade, ou não, deste sujeito a título de omissão

imprópria, faz-se mister que se esteja diante de uma situação de omissão e não de ação. A afirmação anterior pode parecer óbvia, mas não o é, notadamente em virtude da complexidade dos casos de Corrupção e Lavagem no contexto empresarial.

Assim é que, no caso do crime de Lavagem de Capitais, para que seja possível pensar em omissão imprópria, é imprescindível verificar, preliminarmente, se o resultado criminoso que se adequa ao artigo 1º da Lei antilavagem de capitais – ocultação, dissimulação, reintegração – ocorreu por força de energia corporal dispendida pelo garante cuja responsabilidade se investiga ou por um terceiro. Na primeira hipótese, o parâmetro que deve ser utilizado deve ser a responsabilidade a título de ação, com os requisitos dogmáticos próprios para este crime. Na segunda hipótese, que interessa para este trabalho, o parâmetro é a responsabilidade por omissão imprópria, quando, por óbvio, existir um dever de garante, nos termos que já foram tratados no tópico anterior. Observe que, em ambos os casos, os requisitos estruturais do programa de *compliance* poderão ser uteis para o confronto com os requisitos da tipicidade penal, muito embora esta tese tenha a preocupação apenas com os casos de omissão.

Um exemplo elucidativo de omissão no caso de Lavagem de Capitais diz respeito à situação em que o garante não assinou, referendou ou participou, de forma direta ou indireta, de qualquer negociação do contrato que permitiu a ocultação ou a dissimulação do bem produto de crime anterior. É possível vislumbrar a hipótese de uma sociedade empresária limitada que adota um modelo de administração simultânea, cujo objeto social é a venda de bens de luxo. Neste contexto, um dos um dos administradores, sem a participação dos demais, efetua uma venda em espécie, no valor de R$ 100.000,00, a um conhecido traficante da cidade que desejava obter as referidas obras de arte para guarda-las em sua residência. Esta venda em espécie propiciou a ocultação do capital criminoso e não foi notificada ao órgão regulador, tampouco fora efetuado qualquer dever de identificação ou diligência do cliente. Quanto a este administrador, a sua responsabilização deverá ser analisada à luz dos critérios dos crimes comissivos; quanto aos demais administradores simultâneos, será possível investigar se há, ou não, responsabilidade a título de omissão imprópria. Este exemplo será melhor dissecado no tópico seguinte.

O mesmo raciocínio exposto no parágrafo anterior se aplica ao crime de Corrupção: para que se possa investigar responsabilidade a título de omissão imprópria, o sujeito garante não deve ter participado de nenhuma negociata com o agente público, seja direta, seja indiretamente. Em outros termos, *não pode ter despendido nenhuma energia corporal relacionada à causação do resultado criminoso*, pois, caso tenha, a investigação deverá ser pautada de acordo com os requisitos do crime comissivo e não da omissão imprópria.

Esta premissa é importante de ser estabelecida porque já permite verificar que, como os resultados típicos da Corrupção e Lavagem nunca são obra do acaso, da natureza ou das condições climáticas, mas sim da execução concreta de determinadas pessoas, é de se afirmar que a investigação da responsabilidade do garante será efetuada, sempre, analisando-se atos realizados por terceiros que também podem ser responsabilizados por suas ações, uma vez presentes os requisitos de tipicidade exigidos para tanto. E, como tal, esta imputação de responsabilidade deverá ser limitada ao dever específico em relação àquele fato e, ainda, ao elemento subjetivo do agente em relação ao dever, a omissão e ao resultado, nos termos que já se expôs no tópico 5.1.5.4, para o qual se remete o leitor.

Em outros termos, à luz de uma perspectiva limitadora e atenta às liberdades individuais, um dos requisitos para a imputação de responsabilidade penal por omissão a um sujeito, por atos executados por terceiros, é que este sujeito seja corresponsável pela evitação e, ainda, que haja um liame subjetivo entre o sujeito e o fato, ou seja, que a omissão tenha sido uma escolha em face do desejo da ocorrência do resultado.

Segundo aqui se sustenta, a observância destes dois requisitos é essencial para evitar a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, que atenta, a um só tempo, ao Princípio da Responsabilidade subjetiva e ao Princípio da Pessoalidade da Pena.

6.4 A RELAÇÃO DA ESTRUTURAÇÃO ADEQUADA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* COM OS REQUISITOS DOS CRIMES OMISSIVOS

Após a análise da existência, ou não, do dever de garante em relação ao recorte temático aqui realizado, qual seja, crimes de Corrupção e Lavagem de

Capitais, no contexto das Sociedades Limitada e Anônima, bem como após apresentada a necessária diferenciação entre ação e omissão nestes casos, é chegado o momento de analisar a conexão do programa de *compliance* com os requisitos dos crimes omissivos, no sentido de investigar em que medida a autorregulação empresarial pode servir de parâmetro para aferir responsabilização, ou ausência de responsabilização, dos gestores da pessoa jurídica, bem como dos responsáveis pelo programa de *compliance* por crimes omissivos impróprios.

Não custa rememorar que é pressuposto para a realização desta análise a existência do dever garante, a verificação do resultado de Lavagem de Capitais e de Corrupção que competiam a este sujeito evitar e, por fim, a inexistência de movimento corporal do garante que tenha culminado na produção do resultado citado. Apenas preenchidos estes três pressupostos é que será caso de investigar em que medida a adequada autorregulação empresarial pode ser relacionada aos demais requisitos dos crimes omissivos impróprios.

Ultrapassados os pressupostos do parágrafo anterior, uma vez que seja possível admitir que há dever de garante, ou seja, que os sujeitos listados no item 6.2.1 tem responsabilidade por atos para os quais não dispenderam nenhum movimento corporal, realizados por terceiro, deve-se investigar se o sujeito demonstrou uma abstenção, total ou parcial, na evitação do ilícito ou se, ao contrário, manifestou preocupação e dispendeu energia corporal para prevenir um resultado que também se incluía na sua alçada de responsabilidade. Em outros termos, além da não interferência na causação do resultado, é necessário, para a responsabilização, que tenha havido, de fato, uma omissão dolosa em impedir a produção deste. Observe-se, portanto, que a omissão é vista em dois prismas: em primeiro lugar, relacionada à diferenciação entre ação e omissão, no sentido de que o sujeito não dispendeu energia corporal para a produção do resultado; no segundo, relacionada à deliberada opção em não interferir na produção do resultado já iniciado por outrem, deixando de realizar a ação exigida enquanto garante da evitação do resultado criminoso. Ambas são indispensáveis.

Neste ponto, os requisitos para a estruturação adequada do programa de *compliance* servirão de parâmetro para fixar a ação exigida do garante, e, por via de consequência, investigar a existência, ou não, dos demais elementos para a sua responsabilização por omissão imprópria.

No capitulo 04 foram apresentados os requisitos genéricos para a implementação adequada de um programa efetivo de *compliance*. Foram listados, ao todo, nove requisitos, quais sejam, a análise do ambiente interno, o mapeamento dos riscos, o comprometimento da alta cúpula, a elaboração de documentos escritos, realização de treinamentos, nomeação de responsável pelo *compliance*, a existência de canais de denúncia internos e externos que permitam a notificação de irregularidades, a previsão de procedimentos sancionatórios e, por fim, o monitoramento a análise e a revisão do programa, para corrigir eventuais falhas ou atualizar em virtude de novas questões trazidas pela Lei ou demais normas técnicas.

A implementação destes elementos na estrutura administrativa da sociedade pode, em muitos casos, evitar a produção de resultados criminosos, notadamente nas hipóteses de Corrupção e Lavagem de Capitais, que decorrem de comportamento de terceiros executores. Especificamente no que tange ao nexo de causalidade normativo, ou nexo de evitabilidade do resultado, como prefere Zaffaroni, é de se afirmar que a elaboração de documentos escritos, a realização de treinamentos e a previsão de procedimentos sancionatórios àqueles que descumprirem as normas da sociedade podem servir de parâmetro para se aferir a ação exigida que teria evitado o resultado criminoso.

Observe-se.

Os documentos escritos do programa de *compliance*, como já referido no item 4.4 desta tese, são elaborados após a adequada análise do ambiente interno da sociedade, bem como do mapeamento de riscos a que a atividade empresarial está sujeita. São documentos escritos o Código de Conduta – que registra os valores éticos da sociedade e a missão desta, especificando os preceitos legais em face da realidade empresarial concreta – e os Códigos de Procedimentos ou Políticas internas – nos quais são definidas as diretrizes de atuação concretizada da sociedade para o cumprimento das obrigações éticas e legais aplicáveis, conforme definição do código de conduta. Estes documentos devem consignar de maneira clara e efetiva qual o compromisso que a sociedade assume, bem como qual será a forma de cumprimento do compromisso assumido, estabelecendo parâmetros que devem guiar todos os sujeitos vinculados à pessoa jurídica nas situações específicas.

No caso da prevenção à Corrupção, o Código de Conduta registrará a

missão societária de evitar práticas deste tipo, e os códigos de procedimentos internos trarão padrões de conduta específicos para evitar situações de riscos, como política de brindes, de doações, de vedação ao oferecimento de vantagens, de contratação com terceiros e fornecedores, entre outras. No que tange à prevenção à Lavagem de Capitais, o Código de Conduta apresentará a missão empresarial concatenada com esta política estatal, e os Códigos de Procedimento internos parametrizarão as condutas que devem ser seguidas por todos na evitação de operações suspeitas e colaboração com o Estado.

O treinamento, por seu turno, servirá como meio para a difusão da informação contida nos documentos escritos, propiciando o entendimento do público interno e externo em relação aos riscos a que a atividade empresarial está sujeita, bem como aos mecanismos para a evitação destes. E, por fim, os procedimentos sancionatórios servirão para estabelecer, previamente, as consequências para as irregularidades e para sancionar os sujeitos que resolvam não cumprir com o padrão adequado de conduta dirigido a evitar crimes.

Se estes três mecanismos internos da estrutura de autorregulação empresarial funcionarem adequadamente, é possível afirmar que isto pode, na situação concreta, evitar a produção do resultado, notadamente em relação aos subordinados, que, uma vez cientes do seu papel, das suas obrigações e dos riscos, provavelmente optarão pela condução correta das atividades, por não quererem ser sancionados. Segundo aqui se entende, para que estes três elementos cumpram o papel do nexo de evitabilidade, é imperioso que funcionem de acordo com as diretrizes trazidas nos documentos nacionais e internacionais, mencionadas no capitulo 04.

Caso estes elementos do programa de *compliance* não estejam presentes, em maior ou menor grau, na estrutura empresarial, ou, ainda, embora estejam presentes, sirvam apenas como elementos decorativos na estrutura empresarial que não são observados no caso concreto em que se investiga a responsabilidade do garante, é possível que se possa falar em não realização de uma conduta exigível no contexto da administração e gestão que poderia ter evitado o curso causal de produção do resultado criminoso. Deste modo, estaria preenchido mais um requisito para a responsabilidade penal a título omissivo.

Importante assinalar, contudo, que a responsabilidade jamais deve ser automatizada, prescindindo de ônus argumentativo e probatório específico na

situação concreta. Em outros termos, não cabe à acusação mencionar, apenas genericamente, que o garante é responsável porque não implementou documentos escritos, realizou treinamentos e definiu sanções aplicáveis ou, ainda, porque estes elementos falharam no caso concreto. Não é suficiente. Deve restar escrito e provado que a realização destes elementos, naquele caso específico, evitaria a produção do resultado, e que não houve qualquer manifestação concreta do garante neste sentido.

Além destes elementos, é de se afirmar que alguns dos requisitos exigidos para um programa adequado de *compliance* podem servir para a elucidação do elemento subjetivo do agente[571].

O ambiente interno da sociedade, do qual o garante faz parte e, provavelmente, compartilha, é o termômetro para que se possa aferir o apetite de risco, nos termos expostos no item 4.1. Neste particular, a análise do ambiente interno pode demonstrar a tolerância dos sujeitos em relação aos riscos e aos ilícitos perpetrados no contexto da sociedade, o que servirá para observar a intenção do agente quanto à condução dos negócios, auxiliando a análise do elemento volitivo quanto àquela omissão específica que se analisa.

Outro ponto que pode auxiliar na verificação do elemento subjetivo do garante, no caso deste ser o administrador da sociedade, diz respeito a sua

[571] Sobre este particular, é importante referir, apenas brevemente, que existe divergência na doutrina sobre a forma de imputação do dolo, se psicológica ou normativa. Prevalece, na doutrina brasileira, notadamente por influência do finalismo, que o dolo é um processo psicológico, ou seja, um elemento que ocorre internamente na mente do agente, aferível pelo jurista. Em outros termos, a doutrina brasileira, de forma majoritária, assume que o dolo é psicológico, verificável na mente do agente e aferido pelo jurista segundo a famosa fórmula de Frank sobre a continuidade ou não da ação na perspectiva do sujeito. Nada obstante, esta visão exclusivamente psicológica demonstra alguns inconvenientes, notadamente a impossibilidade de acessar o conteúdo interno da mente do agente, tampouco de fazê-lo ex ante, ou seja, ao tempo da prática da ação ou da omissão. Por força disto, parcela doutrinária passou a defender a imputação normativa do dolo, ou seja, passou a defender que o dolo não seria um elemento interior do sujeito, e sim o produto de um juízo valorativo de imputação, de atribuição normativa, realizada por meio da valoração da conduta externa do agente. Em outros termos, os elementos do conhecimento e vontade seriam produto de valoração e não de descoberta da intenção do agente. Não é o objetivo desta tese verticalizar o estudo do dolo neste ponto, até mesmo porque seria necessário um trabalho específico sobre o tema para tratar do tema com a merecida acuidade. Para os limites aqui expostos, é de se afirmar que, muito embora se concorde com a impossibilidade de acessar o conteúdo da mente do agente, notadamente após a ocorrência do fato, sustenta-se ser perigoso estabelecer uma perspectiva inteiramente normativa do dolo, produto de pura atribuição, que prescinda do elemento psicológico. Isto porque é conhecido o perigo das valorações abstratas, sem ligação e, tampouco, compatibilidade com dados ontológicos, nos termos que já se expôs no capítulo 5. Assim, para os estreitos limites aqui propostos, é de se afirmar que a perspectiva da qual se parte é que o dolo é um elemento psicológico, mensurável a partir do comportamento externo do agente, conjugando-se, portanto, elementos psicológicos e normativos.

manifestação enquanto membro da alta cúpula, bem como à execução das suas atividades cotidianas. É possível vislumbrar, neste caso, se há a compatibilidade entre o que foi dito na condução da sociedade e a execução dos atos, e se este gestor demonstra preocupação com licitude na realização das atividades. É importante saber se este gestor incentiva, ou não, que as atividade por ele coordenadas sejam realizadas de forma lícita. Todos estes elementos poderão ser levados em consideração no momento de se investigar qual foi a intenção do sujeito ao se omitir àquele resultado que lhe competia evitar.

Outro ponto importante diz respeito ao comprometimento do gestor com o programa de *compliance*, ou, na sua ausência, o comprometimento com as diretrizes legais a que a atividade empresarial está sujeita.

Tendo em vista as premissas fixadas, cumpre trazer alguns exemplos práticos para a verificação dos requisitos.

Em primeiro lugar, importante analisar o caso já mencionado no tópico 6.3, referente à venda de obras de arte. Apenas para rememorar, deu-se o exemplo de uma sociedade empresária limitada cujo objeto social é a venda de bens de luxo, na qual é adotado o modelo de administração simultânea, com três administradores, todos sócios. Um dos administradores é procurado por um conhecido traficante local, com diversas passagens pela polícia e notícias no jornal sobre a sua atividade criminosa, que deseja comprar objetos de arte para diminuir o volume de capital obtido com o tráfico. A venda é realizada no valor de R$100.000,00 (cem mil reais) em espécie. O administrador, sem pensar duas vezes, efetua a transação comercial, sem emissão de nota fiscal, sem a realização dos deveres de identificação, diligência e comunicação e mantém os recursos no caixa do estabelecimento comercial, para depositá-los aos poucos, conforme a movimentação de vendas da sociedade. Como já se expôs, em relação a este administrador, a sua responsabilidade será analisada à luz dos requisitos do crime comissivo, já que houve o dispêndio de energia corporal para esta atividade. Nada obstante, em relação aos demais, é possível iniciar a análise sobre a responsabilidade, ou não, por omissão imprópria.

O primeiro ponto é relacionado ao dever de *compliance*. Como já se afirmou, tal dever não existe nos moldes da lei brasileira, mas pode existir, caso haja a previsão dos deveres de abstenção e recusa. Supondo que seja esta a hipótese, ou seja, na eventual possibilidade de alteração da lei para a inclusão

dos referidos deveres, os demais administradores tem o dever de garante, conforme já salientado no item 6.2.2. Isto não conduz, automaticamente, à responsabilização. Faz-se mister o preenchimento dos demais requisitos.

Assim, neste caso concreto, caso os administradores não tenham tido qualquer preocupação em estruturar a sociedade para o cumprimento das disposições da Lei de Lavagem, mesmo com a possibilidade de ciência destas disposições, tenham tomado conhecimento da transação comercial e seus detalhes por outros meios – comunicação de funcionários, por exemplo – e, ainda assim, nada tenham feito em termos de dever de *compliance*, é possível afirmar que escolheram a omissão como conduta desejada a produzir o resultado, porque se tratava de venda relevante para a sociedade. Os demais elementos exigíveis do programa de *compliance* vão auxiliar na confirmação do elemento subjetivo, como o apetite de risco, a postura do gestor em relação aos atos ilícitos anteriormente praticados e a forma de condução dos negócios. Importante asseverar que, como já se abordou no item 3.2.3.1, como o crime de Lavagem, segundo o entendimento que aqui se defende, não admite o dolo eventual, é imprescindível a comprovação da ciência da origem do capital e da qualidade do sujeito que negociou com o demais administrador, bem como a concordância com a venda, que gerou resultados positivos para a companhia.

Por outro lado, caso o administrador responsável pela transação tenha efetuado a venda sem a presença de qualquer funcionário e tenha utilizado de mecanismos fraudulentos para que os demais administradores não percebessem a fraude, ocultando registros, mesclando, aos poucos, o capital com as demais transações comerciais da sociedade, desrespeitando os códigos de conduta internos ou as práticas negociais comumente adotadas pelos demais administradores, não será possível falar em responsabilidade penal por omissão destes últimos, mesmo que presente o dever de garante. Observe-se, deste modo, que a inobservância dos deveres de *compliance* não funciona como um meio automático de imputar responsabilidade, e sim como um percurso a ser observado, em conjunto com os requisitos do tipo omissivo impróprio.

No caso da lei anticorrupção, outro exemplo pode ser fornecido. Pode-se pensar na hipótese de uma sociedade empresária anônima cujo objeto social é a locação de banheiros públicos, com estrutura de administração bipartida, ou seja, com Conselho de Administração e Diretoria (com administração setorizada). A

referida sociedade participa de diversas licitações com o poder público. Em um destes certames, o Diretor Comercial, com o objetivo de adjudicar o contrato para a sociedade, inicia tratativas de vantagem indevida para o gestor público e para o pregoeiro da licitação, que aceitam. Reitere-se que, quanto a este Diretor, a responsabilidade será verificada com base nos requisitos dos crimes comissivos, que fogem ao escopo desta tese.

No que concerne aos demais Diretores e membros do Conselho de Administração, deve-se investigar, em primeiro lugar, a existência, ou não, do dever de garante. Nos termos já apresentados no item 6.2.3, os membros do Conselho de Administração tem dever de garante, ao passo que os membros da diretoria não o tem em relação a outros administradores, tendo em vista que este órgão está estruturado de forma setorizada.

Assim, deve-se investigar se estes membros do Conselho de Administração, que são garantes, possuem, ou não, responsabilidade em relação a este ato. Poder-se-á falar em responsabilidade caso os membros do Conselho de Administração tomem ciência do fato de maneira expressa, por meio de denúncias (canal de denúncias ou mecanismos semelhantes), e nada façam a respeito, sequer levando o tema ao conhecimento das reuniões do órgão, ou, ainda, notificando o Diretor Comercial para que a Sociedade se retire, imediatamente, do procedimento licitatório, com retratação do oferecimento de vantagem e impedimento de entrega de quaisquer valores. Nesta hipótese, a conduta dos membros do Conselho demonstra que escolheram a omissão como conduta a ser adotada, por desejarem a adjudicação do contrato e o consequente lucro que decorrerá da prestação de serviços fraudulentamente pactuada com o poder público.

Poder-se-á pensar, também, na responsabilização dos membros do Conselho de Administração na hipótese de dolo eventual, admissível para o crime de Corrupção, em que os membros do Conselho de Administração não deliberem sobre a organização da sociedade de acordo com os deveres de *compliance* anticorrupção, ou, ainda, não cumpram os preceitos dos documentos internos, demonstrando, sempre, leniência com ilícitos quando estes geram sobrevalor para a sociedade. Neste caso, há de se provar que há um apetite de risco elevado na condução geral das atividades, que faz com que os Conselheiros ignorem atos ilícitos em nome da realização de negócios. A análise do ambiente interno, a

postura da alta cúpula e o apetite de risco demonstrado pelos Conselheiros poderá servir de meio para a demonstração do elemento subjetivo.

É evidente que, num caso ou em outro, os Conselheiros tem de ter o conhecimento do dever de garante e a capacidade de agir na situação concreta. Caso o Diretor Comercial se utilize de expedientes fraudulentos, escondendo as informações e lidando com a questão de forma sigilosa de modo que torne difícil a descoberta antes da adjudicação do contrato, caso isso seja descoberto depois, não há mais capacidade de agir dos Conselheiros, que não deverão ser responsabilizados.

Por outro lado, é de se afirmar que caso os membros do Conselho de Administração tenham deliberado pela necessidade de criação de um programa de *compliance* apto a colaborar com a política estatal anticorrupção, nos termos do já exposto no item 4.12, adotem uma postura de intolerância com ilícitos praticados por quaisquer pessoas, ainda que no benefício da sociedade, bem como afirmem, reiteradamente, o seu compromisso com os documentos escritos da sociedade, estes elementos serão levados em consideração para afastar a sua responsabilidade, caso o Diretor Comercial efetue esta negociata criminosa de difícil descoberta. É de se afirmar, outrossim, que, mesmo no caso de não existir um programa de *compliance*, caso os membros do Conselho atuem para impedir a fraude à licitação e o efetivo pagamento de propina, uma vez cientes do fato, isto também excluirá a responsabilidade penal a título de omissão imprópria.

Tudo que aqui se expôs conduz à conclusão de que os deveres de *compliance* e os requisitos adequados para a estruturação do programa servem como um mecanismo que pode elucidar e demonstrar os requisitos do crime omissivo impróprio, mas que não podem, jamais, ser analisados em abstrato para servir como mecanismo de atribuição automática de responsabilidade. No caso concreto, defende-se que estes parâmetros aqui traçados, à luz dos critérios de tipicidade dos crimes omissivos impróprios conjugados com os requisitos para o programa de *compliance* eficaz ao cumprimento dos deveres, poderão ser utilizados como orientação aos intérpretes para a verificação da responsabilidade penal por omissão imprópria, em respeito aos limites da intervenção jurídicopenal.

7 CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora apresentado nesta tese, apresentar-se-á, em tópicos, as conclusões do trabalho:

a) a expressão *compliance* vem da língua inglesa, podendo ser traduzida, para o vernáculo, como cumprimento e conformidade. Trata-se de conceito relacional, que diz respeito à conformidade com algo. Na autorregulação regulada, esta conformidade é relacionada à organização empresarial interna para a observância das regras do Ordenamento Jurídico a que a pessoa jurídica está sujeita. No Direito Penal Econômico, *compliance* tem o objetivo de prevenir a ocorrência de riscos aos bens jurídicos protegidos por este subrramo;

b) os deveres de *compliance* são um dos pilares da Governança Corporativa das sociedades. Por Governança Corporativa ou Boa Governança entende-se o conjunto de recomendações que devem ser observadas na condução ética das organizações. As recomendações de governança corporativa propiciam a redução dos conflitos entre os *stakeholders* das organizações, culminando, assim, com a longevidade das sociedades. O *compliance*, juntamente com a responsabilidade corporativa, transparência, prestação de contas e justiça são os valores da Governança Corporativa;

c) os padrões de Governança Corporativa desenvolveram-se, sensivelmente, após as crises econômicas de 2002 e 2008. As recomendações de boa governança inserem-se no contexto de autorregulação regulada que repercute, sensivelmente no Direito Penal Econômico, subrramo do Direito Penal que protege bens jurídicos relacionados à intervenção do Estado na regulação da Economia;

d) o Direito Penal Econômico, tradicionalmente, tinha a tendência repressiva, fundada, basicamente, na criminalização de condutas que afetavam a heterorregulação do Estado na Economia. A referida

heterorregulação do Estado era baseada nas premissas macroeconômicas de Keynes. Após o Consenso de Washington, o Estado altera a sua forma de programar a economia, abandonando algumas premissas de Keynes e aproximando-se das características do Estado Regulador, descritas por John Braithwaite. O estado regulador transfere atividades aos particulares, sem se isentar de fiscalizar e regular a distância. Desenvolve-se uma nova forma de cooperação entre Estado e particulares, na qual o estado regula a forma que estes devem se autorregular. Trata-se do fenômeno da autorregulação regulada;

e) a autorregulação regulada pode ter maior ou menor grau de participação estatal, a depender da espécie. Neste sentido, há a autorregulação vinculante, em que o Estado estabelece os padrões de conduta que devem ser obrigatoriamente adotados e a autorregulação não vinculante, na qual há o fomento à autorregulação;

f) o Direito Penal Econômico, notadamente após a grande crise econômica de 2008, passa a incorporar a autorregulação regulada por meio dos deveres de *compliance* voltados à prevenção dos ilícitos econômicos. Trata-se do que a doutrina convencionou chamar de novo Direito Penal Econômico, de faceta preventiva, com novas estratégias de evitação de crimes econômicos e crises;

g) a nova tendência em Direito Penal Econômico passou a influenciar as legislações de diversos países, e, dentre estes, a legislação brasileira. O Brasil positivou os deveres de *compliance* para a prevenção de crimes à Ordem Econômica. Optou-se por trabalhar, na tese, com os deveres de *compliance* relacionados à prevenção da Lavagem de Capitais e Corrupção, por serem os mais debatidos no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro;

h) a Lavagem de Capitais consiste no conjunto de procedimentos voltados a conferir ao produto do crime aparência lícita que justifique a utilização no mercado formal sem despertar a atenção para o crime e o criminoso. As razões para a incriminação remontam à proibição ao comércio de drogas e bebidas nos Estados Unidos.

Trata-se de delito que o Brasil se obrigou a reprimir por força da ratificação de alguns tratados e convenções internacionais, dentre estes a Convenção de Viena e de Mérida. O referido crime é realizado por meio de uma sequência de atos concatenados de forma inteligente que permitem mascarar a origem do capital. São conhecidas três fases do crime, quais sejam, a ocultação – consistente no encobrimento do produto do crime – a dissimulação – consistente na realização de fraude para alterar a origem e/ou a natureza do capital, conferindo-lhe aparência lícita – e a reinserção – que configura a reintrodução do capital, já "lavado" no mercado formal lícito. Concluiu-se nesta tese que a Lavagem de Capitais ofende a Ordem Econômica em sentido estrito, mais especificamente a transparência dos fluxos financeiros e a livre concorrência, refutando-se as teorias que defendem ser o bem jurídico a administração pública, a saúde pública ou o mesmo bem do crime antecedente. Para que o crime de Lavagem de Capitais ocorra, é necessária a interação do sujeito criminoso com diversos setores e atividades econômicas, como sistema financeiro, e até mesmo mercado de bens e valores como imóveis, joias e demais bens de luxo. Por força desta necessária interação com outros particulares, o *Financial Action Task Force* ou Grupo de Ação Financeira Internacional (FAFT-GAFT) estabeleceu recomendações aos países para que estabeleçam, aos particulares, deveres de cooperação com o Estado na prevenção ao crime. São as políticas de autorregulação regulada de determinados setores para a prevenção do crime de Lavagem de Capitais;

i) os deveres de *compliance* voltados à prevenção da Lavagem de Capitais foram positivados, de maneira incipiente, na Lei Antilavagem de Capitais. Em 2012, contudo, com a alteração promovida pela Lei n. 12.683, os deveres de *compliance* foram positivados de forma mais incisiva, determinando a colaboração mais expressiva com o Estado. Os particulares de setores estratégicos da economia, sensíveis às condutas de Lavagem de Capitais, devem se organizar para auxiliar na prevenção ao crime,

realizando alguns deveres, tais como: identificação e diligência dos clientes, registro de informações sobre as transações comerciais realizadas, exame de operações para verificar se há suspeição da prática do crime, comunicação de operações suspeitas a órgão regulador próprio, conservação dos documentos, sigilo em relação à comunicação e colaboração com as autoridades, caso requisitado. A política antilavagem de capitais aplicável aos particulares está delimitada nos artigos 09 a 11 do referido diploma legislativo. No artigo 12, há a previsão das sanções administrativas em caso de descumprimento. As sanções variam desde advertência até pesadas multas;

j) o crime de Lavagem de Capitais foi positivado no artigo 1º da Lei n. 9.613/98. Todas as fases doutrinariamente reconhecidas do crime foram incriminadas, mas deve-se levar em consideração que se tratam de condutas voltadas a um objetivo final, qual seja, conferir ao capital criminoso a aparência lícita. Assim, a ocultação do bem só será criminosa se o objetivo for a posterior dissimulação, assim como a reinserção só será criminosa se suceder à ocultação ou dissimulação do capital. Trata-se de crime doloso, que admite apenas o dolo direto, afastando-se a possibilidade do dolo eventual, uma vez que, para que haja a vontade de realizar o fim transcendental do tipo, qual seja, a realização de atos de ocultação ou dissimulação para a posterior reinserção do capital com aparência lícita, ou, ainda, a reinserção após cumpridos os objetivos de ocultação ou dissimulação;

k) a corrupção é o fenômeno que se caracteriza pelo desvio e abusividade no exercício de determinada função. Enquanto fenômeno social, a corrupção pode existir tanto no exercício da função pública, quanto no exercício da função privada, muito embora o Ordenamento Jurídico pátrio apenas tipifique, expressamente, a corrupção no setor público. No Brasil, criminaliza-se tanto a conduta do funcionário corrupto quanto a do particular corruptor, e a tipificação fora realizada de maneira autônoma, com quebra da teoria monista, de modo que mesmo condutas unilaterais preenchem

os requisitos do crime consumado de corrupção ativa ou passiva. Além disto, criminaliza-se, no Brasil, a conduta do particular que corrompe funcionários públicos estrangeiros. O crime de corrupção no setor público, além de ofender a administração pública, também interfere na Ordem Econômica em sentido estrito, notadamente na livre concorrência, fator este que fez com que o crime fosse analisado sob a perspectiva do Direito Penal Econômico, sendo objeto de alguns tratados e convenções internacionais, a exemplo das Convenções da OCDE e da ONU, ambas ratificadas pelo Brasil;

l) no Direito Comparado, o *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA) fora o diploma inovador na criminalização de particulares que corrompem funcionários públicos estrangeiros e na responsabilização civil e criminal de pessoas jurídicas por atos de corrupção a funcionários públicos estrangeiros praticados no benefício e interesse desta. A promulgação deste diploma legislativo que estabelece sanções às pessoas jurídicas foi um mecanismo importante para os deveres de *compliance* em relação à prevenção à corrupção naquele país, tendo em vista que a autorregulação adequada da sociedade empresária pode evitar as punições. Anos após a promulgação do FCPA, o Reino Unido publicou o *UK Bribery Act*, mais abrangente do que aquele, que pune a corrupção também no setor privado, bem como pune, expressamente, a omissão em prevenir atos de corrupção. Este diploma também contribuiu para o desenvolvimento dos deveres de *compliance* em matéria da prevenção à corrupção;

m) o Brasil, influenciado pelos mencionados diplomas legislativos, bem como expressamente compromissado a estabelecer medidas preventivas à corrupção por força da ratificação dos Tratados Internacionais sobre a matéria promulgou, em 2013, a Lei n. 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção. A referida legislação estabelece, pela primeira vez, a responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas na hipótese de serem praticados atos lesivos à administração no benefício e interesse daquelas. Os atos lesivos à administração incluem a corrupção e condutas fraudulentas relacionadas ao processo licitatório, nos termos do artigo 5º do

aludido diploma. Caso os atos mencionados sejam praticados no benefício e interesse da pessoa jurídica, esta poderá ser sancionada com multa e publicação da decisão condenatória, nos termos do artigo 6º. A Lei em comento trata da possibilidade dos deveres de *compliance* mitigarem a responsabilidade da pessoa jurídica. O decreto que regulamenta a legislação também trata desta possibilidade;

n) para que os particulares cumpram, efetivamente, os deveres de *compliance* estabelecidos na Lei antilavagem de capitais e anticorrupção, é necessário que se autorregulem observando alguns requisitos, estabelecidos em recomendações de órgãos supranacionais e até mesmo de órgãos nacionais. Estes requisitos devem ser adequados às particularidades da sociedade, como o tamanho desta, atividade exercida, riscos a que está sujeita e local do exercício das atividades. Em que pese a necessidade de observância da situação concreta da sociedade, a análise das recomendações internacionais e nacionais permite extrair o que se pode chamar de teoria geral dos elementos essenciais do programa de *compliance*. São, ao todo, nove requisitos para que o programa cumpra a finalidade de prevenção: a análise do ambiente interno – que consiste na leitura das características da organização, seus funcionários, cultura vigente na organização, valores, nível de integridade e apetite de risco –, mapeamento de riscos – que pode ser definido como a identificação e análise dos acontecimentos que podem afetar negativamente a realização dos objetivos da sociedade – comprometimento da alta cúpula – que consiste na demonstração de que a alta gestão da sociedade está empreendendo esforços para a condução ética e licita dos negócios –, elaboração de documentos escritos – registram o compromisso da sociedade em atuar em conformidade com a ética e o Ordenamento, definindo e consolidando quais são os valores adotados pela organização, bem como as condutas que devem ser realizadas em situações concretas – realização de treinamentos – para difundir aos membros da organização e parceiros negociais as disposições dos

documentos escritos –, nomeação de responsável pelo programa de *compliance* – sujeito responsável por verificar o funcionamento do programa –, estabelecimento de canais de denúncia internos e externos – que servem para que o responsável pelo programa, bem como os membros da alta administração possam ser informados de eventuais desvios praticados no bojo da sociedade –, previsão de sanções ao descumprimento dos preceitos do programa e, por fim, ao monitoramento, análise e revisão do programa já implementado. Estes requisitos, uma vez obedecidos, podem afastar a responsabilização das pessoas jurídicas, naqueles sistemas que adotam a responsabilidade subjetiva, como o sistema estadunidense estabelecido pelo FCPA, ou minorar a sanção, como no caso do sistema brasileiro estabelecido pela Lei anticorrupção. Estes requisitos genéricos devem ser especificados na construção dos programas voltados à prevenção da Lavagem de Capitais e da Corrupção;

o) no que se refere à implementação de um programa de *compliance* adequado à prevenção da Lavagem de Capitais, o mapeamento de riscos deve ser efetuado com o auxílio da Legislação antilavagem, das resoluções para o setor específico da economia e, ainda, observando-se às tipologias do crime de Lavagem relacionadas à atividade econômica exercida. Além disto, os documentos escritos devem conter procedimentos para a observância dos deveres específicos para a prevenção do crime em comento, quais sejam, os deveres de identificação, diligência, exame, conservação, comunicação, colaboração e segredo. Deve, ainda, ser nomeado um responsável pelo programa que tenha conhecimento das tipologias do crime e do risco da atividade, que deverá observar o cumprimento dos deveres outrora listados;

p) quanto ao programa de *compliance* para a prevenção das condutas de Corrupção, deve se observar, de igual forma, a necessidade do mapeamento de riscos específico para a atividade realizada e o grau de interação com o governo, que vai determinar o nível de exposição da sociedade. Deve-se investigar se a sociedade está sujeita às

situações clássicas de risco, como a participação em licitações e execução de contratos, fiscalização do poder público ou contratação de ex-funcionários públicos. É necessário investigar, outrossim, se há o oferecimento de brindes, doações ou hospitalidade a agentes públicos, e se este oferecimento está normatizado na sociedade, em consonância com a legalidade, evitando-se, assim, o pagamento ou oferecimento de propina. Além disto, os procedimentos internos da organização devem observar e normatizar estas questões, estabelecendo normas de conduta para evitar, ao máximo, a prática de atos lesivos contra a administração pública;

q) os deveres de *compliance* são incorporados pelo Direito Penal Econômico com o intuito preventivo, de minorar resultados lesivos de dano ou de perigo aos bens jurídicos resguardados. Nada obstante, a previsão destes deveres, aprioristicamente preventivos, traz repercussões sensíveis em matéria de Direito Penal repressivo. Em um primeiro momento, é possível citar as repercussões em matéria de delimitação do limite do risco permitido, tanto para os crimes dolosos quanto para os crimes culposos. Em um segundo momento, é possível destacar as implicações relativas à possível expansão da responsabilidade criminal, quando do descumprimento dos referidos deveres. O impacto do descumprimento dos deveres é visto na responsabilidade por omissão dos gestores e responsáveis pelo programa e, ainda, na responsabilidade da pessoa jurídica. Este ultimo problema foge ao objetivo da tese e não foi abordado aqui;

r) no que tange à responsabilidade penal por omissão dos gestores e sujeitos responsáveis pelo programa, parcela respeitável da doutrina, a exemplo de Adan Nieto Martin e Juan Antonio Lascuraín Sanchez defendem que os deveres de *compliance* são responsáveis pela aparição dos deveres de garante dos gestores da pessoa jurídica. Juan Antonio Lascuraín Sanchez afirma que há três possibilidades de responsabilidade criminal por omissão associadas aos programas de *compliance*. Haveria, neste sentido, há a responsabilidade do administrador, de fato ou de direito, da

sociedade empresária, por força do critério do domínio da fonte de risco. Quanto aos bens jurídicos relacionados ao exercício da atividade, a exemplo da proteção ao meio ambiente e à saúde dos trabalhadores, os administradores são garantes e, caso se omitam na organização adequada dos deveres de *compliance* devem responder por essa omissão, a título de autoria. No que concerne a outros bens jurídicos, que não estão diretamente relacionados ao exercício da atividade econômica, não haveria dever de garante, mas isto não afasta a responsabilidade, visto que, na perspectiva do autor, devem os administradores responder pela omissão como partícipes. Haveria, também, de acordo com a perspectiva do autor, a responsabilidade penal por omissão na hipótese da sociedade ser administrada por um conselho ou órgão colegiado. Neste caso, os membros do Conselho que não votaram, porém não impediram a ocorrência do delito praticado por decisão dos que votaram, devem responder por autores de crime omissivo, se houver dever de garante, ou partícipes, caos não haja o dever de garante. A terceira possibilidade de responsabilidade penal por omissão seria dos membros dos órgãos executivos, que teriam responsabilidade caso não evitem algum delito cujo controle lhe tenha sido delegado;

s) a responsabilidade penal a título de omissão imprópria não deve ser automatizada e imputada com a simples inobservância dos deveres de *compliance*. Defender esta responsabilização implicaria na legitimação da responsabilidade objetiva, vedada pelo Direito Penal. Para que se possa atribuir responsabilidade penal dos gestores e/ou dos responsáveis pelo programa de *compliance* a título de omissão imprópria no contexto da positivação dos deveres de autorregulação regulada, faz-se mister a conjugação das previsões de *compliance* com os elementos da estrutura do tipo penal omissivo impróprio, evitando-se responsabilidade automática e objetiva em matéria criminal;

t) assim, a resposta sobre o limite da responsabilidade criminal por omissão e inobservância dos deveres de *compliance* depende, em princípio, do estabelecimento de premissas para a responsabilidade

penal por omissão e, em seguida, da conjugação destas premissas com os requisitos essenciais do programa;

u) a omissão e os critérios para a responsabilização criminal desta são alvo de muita controvérsia na dogmática penal. Nesta tese, concluiu-se que a natureza jurídica da omissão não equivale à da ação, de modo que ambas as formas de comportamento humano são distintas entre si no plano do ser e como tal devem ser tratadas e valoradas pelo Direito, sob pena do cometimento de injustiças e arbitrariedades na responsabilização jurídicopenal. Em matéria de natureza da omissão, afirmou-se, na esteira de Gustav Radbruch, que a omissão é definida como um não fazer, ou seja, como um comportamento negativo. Todas as teorias que objetivam conceituar a omissão à luz de pontos em comum existentes com a ação terminavam por exercer uma valoração sobre o comportamento omissivo, não sendo capaz de apresentar a natureza pre-jurídica e ontológica do conceito de omissão;

v) tendo em vista que a ação e a omissão são espécies distintas de comportamento humano, a diferenciação entre ambas deve ser feita a luz de determinados critérios. A utilização destes critérios é essencial nos casos tênues, e nos casos de sucessão de comportamentos ativos e omissivos. Como se concluiu aqui, a omissão se diferencia da ação à luz da conjugação dos critérios da energia e da causalidade (*conditio sine qua non*), de modo que a omissão é modalidade de comportamento subsidiário à ação;

w) os crimes omissivos podem ser divididos em duas espécies: os crimes omissivos próprios, que são aqueles nos quais há a previsão do comportamento omissivo em tipos penais específicos, os quais, como regra, são fundados no dever geral de solidariedade e determinam a obrigação do sujeito de agir, e não de evitar o resultado; os crimes omissivos impróprios, que não estão previstos em um tipo penal específico, e resultam da combinação de duas normas, uma que prevê um dever específico imposto a alguns sujeitos para agir e evitar a produção de um resultado criminoso e outra que incrimina a produção do resultado. As espécies de crimes

omissivos são diferenciadas à luz do critério tipológico, refutando-se as distinções com base em outros critérios;

x) os crimes omissivos impróprios são fruto do juízo de tipicidade mediata, que combina a obrigação de agir com a norma que incrimina a produção de um resultado típico. Há, para estes crimes, a previsão de uma cláusula de equivalência entre a ação e a omissão, na parte geral das legislações penais dos países, a exemplo do Brasil e Alemanha. Justamente por força disto, a incriminação da omissão imprópria é inconstitucional, por ofensa clara à taxatividade do Princípio da Legalidade. Para que a incriminação da omissão fosse constitucional, o Legislador deveria estabelecer um tipo penal específico, em formato de omissão própria. Em que pese a inconstitucionalidade destes delitos, os cidadãos continuam sofrendo incriminações concretas por força destes. Deste modo, cabe à doutrina a tarefa de limitar, ao máximo, a aplicação destes tipos, estabelecendo critérios doutrinários estritos para a estrutura típica da omissão imprópria;

y) devem ser verificados cinco requisitos estruturais para a realização do juízo de tipicidade nos crimes omissivos impróprios: Dever de garantidor, capacidade de ação do garantidor, nexo de causalidade, produção de um resultado, análise do elemento subjetivo;

z) o dever de garante é requisito do tipo e da autoria dos crimes omissivos impróprios. Trata-se do dever de agir para evitar a produção de resultados lesivos a bens jurídicos imposto a determinados sujeitos que possuem relação específica com estes bens. Este dever de garante deve ser fundamentado em três critérios básicos, nos termos do artigo 13, §2º do Código Penal: na lei, na assunção de responsabilidade e na posição de ingerência. A legislação pátria foi inspirada na teoria dos deveres formais. A referida teoria é refutada por muitos doutrinadores, dentre os quais se destacou Bernd Schunemann, para quem o fundamento do dever de garante deve ser o critério do domínio sobre a ocorrência do resultado criminoso, que ocorre em duas grandes situações: domínio sobre o desamparo de um bem jurídico – nos casos das

comunidades de vida, de perigo, assunção de função de guarda sobre um bem desamparado; e domínio sobre uma causa essencial ao resultado – nas hipóteses em que o sujeito é um garantidor dos deveres de asseguramento (controle sobre coisas perigosas) ou quando o sujeito tem um domínio sobre pessoas ou funções perigosas. A teoria de Bernrd Schunemann não é totalmente compatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois permite a ampliação das fontes de dever de garantidor além dos limites estabelecidos no artigo 13, §2º do Código Penal. Nada obstante, a referida teoria pode ser utilizada como filtro interpretativo às fontes do dever de garantidor positivadas no aludido dispositivo legal. Assim, conclui-se que as três fontes do dever de garantidor previstas no artigo 13, §2º devem ser limitadas pelo critério do domínio, ou seja, só é garantidor aquele que possui um dever legal (lei em sentido estrito) de evitar a produção do resultado lesivo, que assumiu, consciente e voluntariamente, a obrigação de evitar o referido resultado, ou que, por fim, realizou um comportamento anterior ilícito que o obriga a agir para evitar a produção do resultado ao bem jurídico. Em todos os três casos, o dever jurídicopenal de garante só poderá ser atribuído se o sujeito tiver condições de dominar a fonte de perigo ao bem jurídico;

aa) além do dever de garante, devem ser analisados os demais requisitos dos crimes omissivos impróprios, a saber: a capacidade de ação do omitente, que consiste na possibilidade física do sujeito de agir na situação concreta; o nexo causal, que representa a comprovação de que a ação exigida ao sujeito teria evitado a produção do resultado, baseado no critério da certeza; o tipo subjetivo, que, no caso dos crimes analisados nesta tese, consiste no dolo, que deve ser observado tanto em relação à omissão quanto em relação à produção do resultado lesivo. Por fim, deve-se atentar para o limite da responsabilidade por omissão por atos praticados por terceiros, que somente pode ocorrer quando preenchidos dois requisitos, a saber: a existência de dever legal ou por assunção de responsabilidade do sujeito em relação àquela situação específica,

e, ainda, a comprovação do elemento subjetivo, que demonstre que o agente escolheu a omissão como forma de comportamento, por desejar o resultado ou por ser indiferente a este;

bb) os deveres de *compliance* devem ser conjugados com os requisitos dos crimes omissivos para que se possa falar em responsabilidade penal por omissão imprópria, de modo que o simples descumprimento dos deveres de *compliance* não implicará em automática responsabilização penal;

cc) para a conjugação dos deveres de *compliance* das sociedades com os requisitos dos crimes omissivos impróprios foi necessário identificar quem são os sujeitos da sociedade empresária que estão relacionados aos mencionados deveres. Estes sujeitos foram recortados em dois grandes grupos: gestores das sociedades e os responsáveis pelo programa de *compliance*;

dd) quanto aos gestores, a definição destes depende da espécie de sociedade a ser analisada. Nas sociedades empresárias limitadas, os gestores são denominados administradores. As sociedades limitadas podem adotar a estrutura de administração única ou plural, e, no caso da administração plural, pode esta ser conjunta – na qual os atos são deliberados por maioria de voto do capital social – simultânea – na qual os atos são deliberados por quaisquer dos administradores, com possibilidade de impugnação por parte dos demais que discordem do ato – e setorizada ou com repartição horizontal de competências – na qual cada administrador possui a sua parcela específica de atribuições e responsabilidade, não se imiscuindo nas atividades alheias. Pode haver, ainda, a nomeação de um administrador delegado, que assume as funções que lhe foram transferidas pelo gestor principal. Nas sociedades empresárias anônimas, a estrutura de administração pode ser bipartida em dois órgãos, Conselho de Administração e Diretoria, ou pode ser exercida por apenas um órgão, qual seja, a Diretoria. O Conselho de Administração é órgão obrigatório nas companhias de capital aberto, de capital autorizado (abertas ou fechadas) e nas sociedades de economia mista e tem por funções principais a

deliberação estratégica da sociedade e a fiscalização da Diretoria. Trata-se de órgão necessariamente colegiado, em que os membros não atuam isoladamente. A Diretoria, por seu turno, é órgão de administração obrigatório em todas as companhias, e tem como funções principais a representação externa da companhia, a realização de funções decisórias e execução da estratégia geral. No caso de companhias que não possuem Conselho de Administração, a Diretoria assume ambas as funções. A Diretoria também pode ter suas deliberações estruturadas de forma conjunta, simultânea ou com repartição horizontal de competências, da mesma forma que a administração das sociedades limitadas;

ee) os responsáveis pelo programa de *compliance* são aqueles que, dentro da estrutura da sociedade empresária, tem a competência de fiscalizar a execução do programa. Devem ser dotados de autonomia dentro da sociedade, sendo, preferencialmente, administradores, ou, ainda, tendo poder em relação aos atos destes;

ff) nos termos atuais das disposições contidas na Lei de Lavagem de Capitais, os gestores das sociedades limitada e anônima não possuem dever de garante em relação a este delito. Isto porque, muito embora a legislação tenha previsto um dever extrapenal de vigilância das condutas suspeitas de Lavagem de Capitais, esta disposição não engloba a obrigação de evitar a realização do crime e sim de observância e comunicação ao órgão responsável. Não foram previstos, na Lei brasileira, os deveres de abstenção e recusa em relação à Lavagem de Capitais, ao contrário do que fora previsto nas legislações espanhola e portuguesa. A ausência de positivação dos deveres de abstenção e recusa foi uma medida de política criminal e econômica que visou a impedir o engessamento das relações comerciais entre particulares. Nada obstante, concluiu-se que, caso estes deveres venham a ser positivados no Brasil, por meio de alterações legislativas futuras, será inegável a existência de dever jurídico extrapenal em relação ao crime de Lavagem de Capitais. Em princípio, este dever é de titularidade das pessoas jurídicas, e deveria haver expressa disposição legal transferindo-o

para os gestores da sociedade, para que seja garantida a segurança jurídica. No entanto, caso a lei seja alterada para incluir os deveres de abstenção e recusa, sem disciplinar, especificamente, a questão, ainda assim será possível atribuir dever jurídico extrapenal aos administradores, por força das disposições de desconsideração da personalidade jurídica. Os administradores que tenham domínio sobre a fonte de perigo terão dever jurídicopenal de garante. Concluiu-se que estes administradores são, na sociedade limitada, aqueles que atuam em estruturas de administração única, conjunta e simultânea. Não há dever de garante para os administradores em estrutura de repartição horizontal de competências. Nas sociedades anônimas com estrutura bipartida, os membros do Conselho de Administração também seriam garantes, pois são responsáveis pela condução geral dos negócios e pela fiscalização dos diretores. Em relação aos membros da Diretoria, na estrutura bipartida, haveria dever de garante se a administração fosse conjunta ou simultânea, inexistindo este dever no caso de repartição horizontal de competências;

gg) ainda no que concerne à Lavagem de Capitais, o dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade está relacionado a quatro situações: os gerentes, que são administradores delegados, os responsáveis pelo programa de *compliance*, os administradores apenas de fato e, por fim, às situações em que a pessoa jurídica assume o compromisso de evitar atos lesivos de Lavagem de Capitais, mesmo que dispensada, por lei, de fazê-lo. Os administradores delegados, em virtude da assunção voluntária de obrigações com e pela sociedade, possuem deveres jurídicos extrapenais em relação aos atos ilícitos praticados pela sociedade. Trata-se da hipótese de assunção da responsabilidade do administrador principal. Este dever jurídico extrapenal pode se transformar em dever de garante. Nos termos atuais da Lei brasileira antilavagem de capitais, isto não é possível, tendo em vista que não foram previstos os deveres de abstenção e recusa. Nada obstante, caso sobrevenha alteração legislativa, o administrador delegado

poderá ser considerado garante nas hipóteses em que possua domínio sobre o fundamento do resultado, ou seja, no que tange aos atos praticados por funcionários da escala inferior, jamais possuindo dever de garante em relação aos administradores principais. No que concerne à segunda hipótese, dos responsáveis pelo setor de *compliance*, concluiu-se que também não subsiste, em relação a este, dever de garante para a evitação do crime de Lavagem de Capitais, pelas razões já expostas outrora, quais sejam, a Lei brasileira não previu os deveres de abstenção e recusa. Caso sobrevenha a referida alteração legislativa, a assunção do cargo de *compliance officer* poderá implicar a assunção de responsabilidade pela evitação de resultados de Lavagem de Capitais. Os limites do dever de garante do *compliance officer* seriam traçados a partir da sua autonomia na sociedade empresária: se a sua posição na escala hierárquica lhe permitir, inclusive, a suspensão de atos da alta cúpula da administração, o responsável pelo *compliance* terá domínio sobre o fundamento do resultado, devendo ser considerado garante também; caso não haja esta autonomia ao *compliance officer*, o dever de garante estará limitado aos atos realizados por sujeitos hierarquicamente inferiores, não abarcando a alta cúpula. A situação dos administradores de fato segue as premissas das duas outras listadas anteriormente: nos limites atuais da previsão da lei brasileira, não subsiste dever de garante, mas, caso haja alteração legislativa, será possível atribuir dever de garante, pela assunção de responsabilidade, limitado às situações de domínio. Por fim, a ultima situação delimitada diz respeito às hipóteses em que a pessoa jurídica assume, por meio do seu programa interno de *compliance*, a responsabilidade de evitar atos de Lavagem de Capitais, ampliando os deveres que lhe foram impostos pela legislação. Nestes casos, é inegável que a pessoa jurídica assumiu o compromisso de vigilância para a evitação do resultado criminoso, que pode ser transferido aos gestores e ao responsável pelo setor de *compliance* caso haja compromisso expresso destes no sentido da assunção da responsabilidade. Este compromisso pode ser verificado na

descrição das funções destes sujeitos, ou, ainda, nos termos de compromisso ratificados quando dos treinamentos do Código de Conduta e demais documentos escritos;

hh) ainda tratando-se de Lavagem de Capitais, discutiu-se o dever de garante pela ingerência. Trata-se da situação na qual não há a autorregulação interna para o cumprimento dos deveres relacionados à prevenção ao crime de Lavagem de Capitais. Nestes casos, é inegável que a pessoa jurídica, organizada por seus gestores, não cumpriu os deveres extrapenais que lhe foram impostos. Isto, contudo, não implica, nos moldes atuais da legislação brasileira, em dever jurídico penal de garante dos gestores, uma vez que os deveres previstos na Lei n. 9.613/98 não tem a finalidade de impedir a prática de atos de Lavagem de Capitais. Assim, este ato ilícito anterior refletirá, apenas, a responsabilidade administrativa e civil dos gestores e da pessoa jurídica, não servindo de base para o dever de garante daqueles;

ii) no que se refere à Corrupção, a solução encontrada foi distinta daquela firmada para os casos de Lavagem de Capitais. Isto porque, na Lei anticorrupção, há a previsão expressa de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas na hipótese de serem praticados atos lesivos à administração pública no interesse e benefício do ente coletivo. Assim, resta claro que a legislação previu, para as pessoas jurídicas, um dever jurídico extrapenal de evitar os atos lesivos contra a administração pública, sob pena de responder por estes. Esta distinção entre as Leis de Lavagem de Capitais e de Corrupção altera substancialmente o cenário dos deveres de garante. Isto porque, no caso da Lei anticorrupção, como há a expressa previsão do dever jurídico extrapenal de evitar o resultado lesivo, tal dever pode ser transferido aos gestores das pessoas jurídicas, por força das previsões de desconsideração da personalidade jurídica. Este dever jurídico extrapenal pode fundamentar o dever de garante dos administradores das sociedades limitadas e anônimas quando conjugado com o critério do domínio sobre o fundamento do resultado. Assim, são garantes os administradores da sociedade

limitada cuja estrutura de administração seja única, conjunta ou simultânea, excluindo-se o dever de garante em relação aos demais administradores na hipótese de administração setorizada. Já nas sociedades anônimas, caso a estrutura seja bipartida em dois órgãos, Conselho de Administração e Diretoria, subsistirá dever de garante em relação aos Conselheiros e poderá haver dever de garante em relação aos Diretores nas hipóteses de administração conjunta ou simultânea, excluídos o dever de garante em relação aos demais administradores nas hipóteses de administração com divisão horizontal de competências. Nas sociedades anônimas com estrutura de administração única, os Diretores possuem dever legal de garante, já que assumem as funções do Conselho de Administração;

jj) no caso da Lei anticorrupção, tendo em vista a existência do dever jurídico extrapenal imposto à pessoa jurídica de evitar atos lesivos à administração pública, foi possível concluir que subsiste dever de garante aos administradores de fato e delegados, bem como aos responsáveis pelo programa de *compliance*, pela assunção voluntária dos deveres da pessoa jurídica, em virtude da função exercida. Este dever de garante, também nesta hipótese, é limitado aos casos de domínio sobre a fonte de perigo;

kk) na conclusão da análise do dever de garante em relação aos atos de corrupção, também subsiste o dever de garante pela ingerência, que, no caso concreto, torna-se despiciendo, tendo em vista que os demais requisitos legais já serviram para fundamentar o dever de garante;

ll) após as conclusões relacionadas aos deveres de garante, fincou-se que só será possível analisar a situação lesiva sob o prisma da omissão caso o administrador ou o responsável pelo programa de *compliance* não tenham empreendido nenhuma energia corporal que tenha produzido o resultado criminoso de Corrupção ou de Lavagem. Caso contrário, os fatos deverão ser analisados sob a estrutura dos tipos comissivos e não dos tipos omissivos;

mm) por fim, assentou-se que a existência do dever de garante e a

abstenção do sujeito não são suficientes para atribuição de responsabilidade, devendo-se analisar os demais requisitos dos crimes omissivos impróprios. Conclui-se que a implementação dos requisitos adequados para o programa de *compliance* pode servir, no caso concreto, e parâmetro para se aferir a conduta exigível do garante. Neste sentido, os documentos escritos, os treinamentos e os procedimentos sancionatórios podem, na situação concreta, fixar os parâmetros do nexo de causalidade na omissão. Além disto, o ambiente interno da sociedade, o apetite de risco desta e as manifestações prévias dos membros da alta cúpula podem servir de base para a aferição do elemento subjetivo dos garantes, no sentido de verificar qual foi a intenção em relação à condução dos negócios. Deste modo, a conjugação dos requisitos de um programa de *compliance* eficaz com os elementos da estrutura típica dos crimes omissivos impróprios representam um caminho que pode ser seguido pelo intérprete no caso concreto para a verificação da responsabilidade penal por crimes omissivos impróprios, evitando-se, assim, a automatização da responsabilidade pelo simples descumprimento e traçando limites para a intervenção jurídicopenal mais consentânea com os Direitos e Garantias individuais e Princípios basilares do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 5-7, ago. 2012.

ARGANDOÑA RÁMIZ, Antonio. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *Documento de investigación IESE Business School*, Navarra, n. 656, out. 2006.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: _____; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

ATKINS, Paul S. *Speech by SEC Commissioner*: remarks at the Federalist Society 20th Annual Convention. Washington, D.C., 2002. Disponível em: <http://www.sec.gov/news/speech/spch111402psa.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *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, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: _____; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas : homenagem ao ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Crimes federais*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular n. 3.461, de 24 de julho de 2009*. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ_3461_v4_P.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La prevención del blanqueo de capitales. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

BM&FBOVESPA. *Bovespa mais*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011a. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-Bovespa-Mais-2-fase.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. *Nível 1 de governança corporativa*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011b. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Nivel-1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. *Nível 2 de governança corporativa*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011c. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Nivel-2.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. *Novo mercado*: regulamento de listagem, regulamento de aplicação de sanções pecuniárias, cláusulas mínimas estatutárias. São Paulo, 2011d. Disponível em: <http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Novo-Mercado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRAITHWAITE, John. *Neoliberalism or regulatory capitalism*. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2005. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Neoliberalism_Regulatory_2005.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

_____. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British journal of criminology*, Oxford, UK, v. 40, n. 2, p. 222-238, mar. 2000.

BRASIL. Código de conduta da alta administração federal. In: _____. Casa Civil da Presidência da República. Exposição de motivos n. 37, de 18 de agosto de 2000. *Diário oficial da União*, Brasília, 22 ago. 2000a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm>. Acesso em: 3 jul. 2015.

_____. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 27, de 2016. *Diário oficial da União*, Brasília, 31 maio 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. *Parecer Aprovado sobre o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília, 17 dez. 2013a.

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>. Acesso em: 2 jul. 2015.

_____. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 4.850, de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Inteiro teor. Relator: Dep. Antonio Carlos Mendes Thame e outros. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. Resolução CFC n. 1.445/13. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. *Diário oficial da União*, Brasília, 30 jul. 2013b. Disponível em: <http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2013/001445>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. *Resolução COFECI n. 1.336/2014*. Altera a Resolução COFECI nº 1.168/2010 em conformidade com a nova redação da Lei 9.613/98 em face da edição da Lei 12.683/12. Brasília, 2014a. Disponível em: <http://www.cofeci.gov.br/arquivos/legislacao/2014/resolucao1336_2014.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Conselho Federal de Economia. *Resolução n. 1.902, de 2013*. Define as obrigações das pessoas físicas e das pessoas jurídicas que exploram atividade de economia e finanças, em razão dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Brasília, 2013c. Disponível em: <http://www.cofecon.org.br/dmdocuments/Atos-Normativos/Res/2013/Res-2013%2816%29.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade*: diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. dez. 2000b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". *Diário oficial da União*, Brasília, 8 out. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 19 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]; e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 1. dez. 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.846, de 1. de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. *Diário oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Brasília, 16 jul. 1965a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 5 out. 2013.

_____. Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. *Diário oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Brasília, 19 jul. 1965b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm>. Acesso em: 5 out. 2013.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 1. jun. 2015.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Lei n. 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. *Diário oficial da União*, Brasília, 4 mar. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 5 out. 2013.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Carta-circular n. 1, de 1. de dezembro de 2014*. Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998. Brasília, 2014b. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro*. Brasília, 2015c. v. 3. Disponível em: <https://www.gestaocoaf.fazenda.gov.br/links-externos/III%20Coletanea_30.04.2015.pdf/at_download/file>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Resolução n. 21, de 20 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas empresas de fomento comercial, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Brasília, 2012a. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-21-de-20-de-dezembro-de-2012-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Resolução n. 25, de 16 de Janeiro de 2013*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou intermedeiem a sua comercialização, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Brasília, 2013e. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-25-de-16-de-janeiro-de-2013-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Sistema de controle de atividades financeiras*. Brasília, 2014c. Portal de acesso ao sistema. Disponível em: <https://siscoaf.fazenda.gov.br/siscoaf-internet/pages/siscoafInicial.jsf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos n. 692, de 18 de dezembro*

de 1996. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Portaria n. 537, de 05 de novembro de 2013. Estabelece procedimentos a serem adotados por sociedades que distribuam dinheiro ou bens mediante exploração de loterias disciplinadas pelo Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, para fins de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financia- mento do terrorismo, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2013f. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2013/portaria-no-537-de-05-de-novembro-de-2013-1>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 445, de 2 de julho de 2012*. Dispõe sobre os controles internos específicos para a prevenção e combate dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, ou os crimes que com eles possam relacionar-se, o acompanhamento das operações realizadas e as propostas de operações com pessoas politicamente expostas, bem como a prevenção e coibição do financiamento ao terrorismo. Rio de Janeiro, 2012b. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgfis/coesp/circ445.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *Empresa pró-ética*. Brasília, 2016c. Página informativa. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução normativa DREI n. 24, de 4 de junho de 2014. Dispõe sobre o procedimento a ser adotado no âmbito das Juntas Comerciais para o cumprimento do disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. *Diário oficial da União*, Brasília, 6 jun. 2014d. Disponível em: <http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/in242014a.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.261/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Social Liberal. *Petição inicial*. Brasília, 11 mar. 2015d. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/psl-entre-lei-anticorrupcao-stf.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Alegações escritas*. Ré: A.T.T.J. Brasília, 25 ago. 2011b. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120808-04.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Alegações finais*. Ré: K.R. Brasília, 8 set. 2011c. Disponível em: <http://i0.statig.com.br/ultimosegundo/politica/mensalao-

defesas/73528-2011-de-Katia-Rabello.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Alegações finais*. Réu: V.S. Brasília, 8 set. 2011d. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120808-03.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 17 dez. 2012. Acórdão. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 22 abr. 2013g. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Defesa*. Réu: J.R.S. Brasília, 31 ago. 2011e. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120808-02.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Denúncia*. Brasília, 12 nov. 2007a. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120910-06.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.245/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 28 ago. 2007. Acórdão. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 9 nov. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Ação Penal Pública n. 2005.81.00.014586-0. Juiz: Juiz Fed. Danilo Fontenelle Sampaio. 11. Vara Federal. Fortaleza, 28 jun. 2007. *Diário oficial do Estado*, Fortaleza, 24 jul. 2007c. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal n. 0014586-40.2005.4.05.8100. Relator: Des. Fed. Rogério Fialho Moreira. Segunda Turma. Recife, 9 set. 2008. *Diário da Justiça*, Recife, 22 out. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRICKEY, Kathleen F. Enron's legacy. *Buffalo criminal law review*, v. 8, n. 1, p. 221-276, abr. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=556405>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CAMINHA, Pero Vaz de. Carta de Pero Vaz de Caminha. In: SCHILLING, Voltaire. *História por Voltaire Schilling*: Brasil. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/500br/carta_caminha.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

CANOAS. Controladoria-Geral do Município. *Cartilha da Lei Anticorrupção*. Canoas, 17 dez. 2014a. Disponível em: <http://www.canoas.rs.gov.br/downloads/cartilha_anticorrupcao.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2016.

_____. Lei n. 5.893, de 15 de dezembro de 2014. Institui preceitos normativos no âmbito do Município de Canoas, dispondo sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública Municipal. *Diário oficial do Município*, Canoas, 17 dez. 2014b. Disponível em: <http://leismunicipa.is/jhuci>. Acesso em: 25 dez. 2016.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do "compliance" no direito penal*: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 : artigos 138 a 205. 6. ed., rev., e atual. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

COMITÊ ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE. Apêndice: comentários ao Projeto de Lei n. 6.826/2010. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Gerenciamento de riscos corporativos*: estrutura integrada. [S.l.]: COSO, 2007. Disponível em: <http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

CONFEDERAZIONE GENERALE DELL'INDUSTRIA ITALIANA. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*: ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. atual. até mar. 2014. Roma, 2014. Disponível em: <http://www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it5266/cae2de6a-d86f-49b4-8691-5d2c51e78017/Linee+Guida+231+Confindustria+-+P.+generale.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=cae2de6a-d86f-49b4-8691-5d2c51e78017>. Acesso em: 5 jun. 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013a.

_____. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013b.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: _____ (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: _____; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón (Dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ESPAÑA. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. *Boletín oficial del Estado*, Madrid, 29 abr. 2010. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-6737-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín oficial del Estado*, Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 2, ago. 2012.

FAVERO, Daniel. Lembre do escândalo dos Anões do Orçamento que completa 20 anos. *Terra notícias*, São Paulo, 18 nov. 2013. Política. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lembre-do-escandalo-dos-anoes-do-orcamento-que-completa-20-anos,3f1376212bd42410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 13 jun. 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008a.

_____. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In: _____. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2009.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *Best practices*: combating the abuse of non-profit organisations (recommendation 8). [Paris]: FATF, OECD, 2013. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/npoabuse.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. *FATF report*: money laundering through the football sector. [Paris]: FATF, OECD, 2009. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/football.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Financial Action Task Force on Money Laundering in South America. *Mutual evaluation report*: executive summary : anti-money laundering and combating the financing of terrorism : Federative Republic of Brazil. [S.l.]: FATF, OECD, 2010. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20ES.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Financial Action Task Force on Money Laundering. *Report on money laundering typologies*: 2003-2004. [Paris], 2004. Disponível em: <https://www.imolin.org/pdf/imolin/FATF_Typologies_Rpt_2003-04.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. *Money laundering & terrorist financing vulnerabilities of commercial websites and internet payment systems*. [Paris]: FATF, OECD, 2008. Disponível em: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/EN/typo_fatf/40997818.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1>. Acesso em: 14 jun. 2015.

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. *Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais*: legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 32-74, jan./mar. 1997.

GOIÁS. Lei n. 18.672, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública estadual, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, Goiânia, 18 nov. 2014. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2014/lei_18672.htm>. Acesso em: 2 jul. 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção privada*: análise no direito comparado e necessidade de previsão no ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GRECO FILHO; Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 13-14, ago. 2012.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor: a propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

HARDOON, Deborah; HEINRICH, Finn. *Bribe payers index 2011*. [S.l.]: Transparency International, 2011. Disponível em: <http://www.transparency.org/bpi2011/results>. Acesso em: 5 jun. 2015.

HUERTA TOCILDO, Susana. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? In: _____. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código penal*: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo, 2009.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 19600*: compliance management systems : guidelines. Geneva, 2014.

ITALIA. Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, n. 140, 19 giugno 2001. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KROLL; TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Fraude e corrupção no Brasil*: a perspectiva do setor privado. [S.l.: s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/kroll-final.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamento y límites del deber de garantía del empresário. In: JORNADAS EN HONOR DEL PROFESOR KLAUS TIEDEMANN, 1., 1992, Madri. *Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín oficial del Estado, 1995.

LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The annals of the American Academy of Political and Social Science*, [S.l.], n. 598, p. 12-32, mar. 2005. Disponível em: <http://poli.haifa.ac.il/~levi/levifaur-framework.pdf>. Acesso em: 5 out. 2013.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

LÓPEZ DIAZ, Claudia (Traductora). *Código Penal Alemán*: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

LUZ, Ilana Martins. *Justiça restaurativa*: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal. 204 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

LYNCH, Gerard E. RICO: (Racketeer influenced and corrupt organizations Act) : origins, crimes, effects, penalties, civil remedies, influences, bibliography. In: LAW LIBRARY: american law and legal information. [S.l.]: Net Industries, 2015. Disponível em: <http://law.jrank.org/pages/1966/RICO-Racketeer-Influenced-Corrupt-Organizations-Act.html>. Acesso em: 13 jun. 2015.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: (lavagem de ativos provenientes de crime) : anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: direito societário : sociedades simples e empresárias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

MATO GROSSO. Decreto 522, de 15 de abril de 2016. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a aplicação da Lei Federal n° 12.846, de 1° de agosto de 2013 e demais medidas de responsabilização de pessoas jurídicas, pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública Estadual Direta e Indireta, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, Cuiabá, 15 abr. 2016. Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/7C7B6A9347C50F55032569140065EBBF/1BDF5CF9533C7C2F84257F9900442345>. Acesso em: 25 dez. 2016.

MINAS GERAIS. Decreto N. 46.782, de 23 de junho de 2015. Dispõe sobre o Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual. *Diário oficial do Estado*, Belo Horizonte, 24 jun. 2015. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46782&comp=&ano=2015>. Acesso em: 2 jul. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Paraná. Assessoria de Comunicação. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. Curitiba, 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 26 dez. 2016.

MORCK, Randall. *A history of corporate governance around the world*: family business groups to professional managers. Chicago: University of Chicago, 2005.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MURPHY, Joseph E. *A compliance & ethics program on a dollar a day*: how small companies can have effective programs. Minneapolis: SCCE, 2010. Disponível em: <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico español. *Revista del Programa de Derecho de la Universidad de Ibagué*, Ibagué, Colombia, n. 9, 2005.

_____. Introducción. In: _____; ARROYO ZAPATERO, Luis (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. La prevención de la corrupción. In: _____ (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008a.

_____. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Gobierno corporativo y derecho penal*: mesas redondas derecho y economia. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008b.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Brasil*: fase 2: relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a Recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais. [S.l.], 2008. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

_____. *Brazil*: OECD anti-bribery convention. [S.l.], 2015. Página informativa. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 2 jul. 2015.

_____. *OECD foreign bribery report*: an analysis of the crime of bribery of foreign public officials. [S.l.], 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>. Acesso em: 5 jun. 2015.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PARANÁ. Decreto n. 10.271, de 21 de fevereiro de 2014. Regulamenta no âmbito da Administração Pública do Estado do Paraná a Lei Federal nº 12.846/2013, que regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá outras providências. *Diário oficial do Estado*, 21 fev. 2014. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=114190&codItemAto=722030>. Acesso em: 2 jul. 2015.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Especialista analisou Lei anticorrupção em palestra concorrida. *Sinicesp em revista*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 20-22, maio/jun. 2014a.

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

_____. Lei 12.683/12: mais um capítulo na ingerência indevida. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: Liber Ars, 2014b.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PORTUGAL. Lei n. 25/2008, de 5 de junho. Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo [...]. *Diário da República*, Lisboa, 5 jun. 2008. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/449407>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei n. 59/2007, de 4 de Setembro. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. *Diário da República*, Lisboa, 4 set. 2007. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial : arts. 312 a 359-H : crimes contra a administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. v. 7.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial : direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b. v. 8.

PROJETO de Lei Anticorrupção deve ser aprovado e sancionado este ano. *Bahia Notícias*, Salvador, 15 abr. 2016. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/noticia/189034-projeto-de-lei-anticorrupcao-deve-ser-aprovado-e-sancionado-este-ano.html>. Acesso em: 26 dez. 2016.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX*: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. 2009. 295 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REGIERUNGSKOMMISSION DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX. *German corporate governance code*. Germany, 2014. Disponível em: <http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/en/download/code/E-CorpGov_2014.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL PRIVADA. *Unidades*. Salvador, 2013. Página informativa. Disponível em: <http://reviverepossivel.com/unidades/>. Acesso em: 1. jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. *Projeto de Lei n. 45, de 2015*. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da administração pública estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trata da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Proponente: Dep. Tiago Simão. Texto integral. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/45/AnoProposicao/2015/Origem/Px/Default.aspx>. Acesso em: 25 dez.

2016.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

_____. *Política e programação econômicas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa*: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance. *Derecho penal contemporáneo*: revista internacional, Bogotá, n. 50, p. 79-108, jan./mar. 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general : especiales formas de aparición del delito. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2014. v. 2.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*: tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. edição, München, Beck, 1997. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 22-30, ago./set. 2012.

SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe. *Macroeconomia*. Tradução de Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron, 2000.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2011. Livro digital para Amazon Kindle.

SANTOS. Decreto n. 7.177, de 24 de julho de 2015. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá outras providências. *Diário oficial do Município*, Santos, 27 jul. 2015. Disponível em: <https://egov.santos.sp.gov.br/legis/document/?view=5481>. Acesso em: 26 dez. 2016.

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

SÃO PAULO (Cidade). Decreto n. 55.107, de 13 de maio de 2014. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. *Diário oficial do Estado*, São Paulo, 13 maio 2014. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/CGM/DECRETO%20N%2055107%20de%202014.pdf>. Acesso em: 2 jul.

2015.

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 60.106, de 29 de janeiro de 2014. Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, de dispositivos da Lei federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Diário oficial do Estado*, São Paulo, 29 jan. 2014. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2014/decreto-60106-29.01.2014.html>. Acesso em: 2 jul. 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O direito penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica*. 2014. 350 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

_____. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa. Traducción de Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [Madrid], v. 41, n. 2, p. 529-558, 1988.

_____. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del Derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Responsabilidad penal en el marco da empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. Tradução de Beatriz Espínola Tártalo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, v. 55, n. 1, p. 9-38, jan./abr. 2002.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: _____. *Estudos de direito penal direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEGURADORA LÍDER-DPVAT. *Declaração*: Circular Susep n. 445/12, prevenção à lavagem de dinheiro. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://www.dpvatsegurodotransito.com.br/static/documentos/declaracao_procurador_circular_SUSEP.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: uma nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013a.

_____. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013b.

SIEMENS AG. In: TRACE COMPENDIUM. Annapolis, MD: Trace International, 2015. Disponível em: <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=124>. Acesso em: 20 maio 2015.

SIFFERT FILHO, Nelson. Governança corporativa: padrões internacionais e evidências empíricas no Brasil nos anos 90. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 1-23, jun. 1998. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev906.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013a.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 387-405, mar./abr. 2011.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 25, p. 591-626, 2013.

SNELL, Roy. Introduction. In: MURPHY, Joseph E. *A compliance & ethics program on a dollar a day*: how small companies can have effective programs. Minneapolis: SCCE, 2010. Disponível em: <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais. *Notícias STF*, Brasília, 17 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>. Acesso em: 26 dez. 2016.

SULZBACH, Patricia M. Independent corporate monitors: a company's friend or foe? *White collar crime Committee newsletter*, Washington, D.C., winter/spring 2013. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/sulzbach.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

SUTHERLAND, Edwin. *El delicto de cuello blanco*. Traducción del ingles de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

SWEETT Group PLC sentenced and ordered to pay £2.25 million after Bribery Act conviction. *Serious Fraud Office*, London, 19 Feb. 2016. News Releases. Disponível em: <https://www.sfo.gov.uk/2016/02/19/sweett-group-plc-sentenced-and-ordered-to-pay-2-3-million-after-bribery-act-conviction/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

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

TOCANTINS. Decreto n. 4.954, de 13 de dezembro de 2013. Define regras específicas para os órgãos e entidades do Poder Executivo, quanto à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, e adota outras providências. *Diário oficial do Estado*, Palmas, 13 dez. 2013. Disponível em: <http://central3.to.gov.br/arquivo/173182/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. *Jornal oficial da União Europeia*, Bruxelas, s. L, 5 jun. 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32015L0849>. Acesso em: 23 dez. 2016.

UNITED KINGDOM. Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010*: Guidance : about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. London, 2012. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Parliament. *Bribery Act 2010*. 2010 Chapter 23. An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. London, 8 Apr. 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. 107th Congress. *Public law 107-204*. Sarbanes-Oxley Act of 2002. Washington, D.C., 30 jul. 2002. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. 95th Congress. *Public law 95-213*. The Foreign Corrupt Practices Act. Washington, D.C., 19 dez. 1977. Versão em português. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 1. jul. 2015.

_____. Constitution (1787). *Amendment XVIII*. Washington, D.C., 16 jan. 1919. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html#18>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Department of Justice. 163.: Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations. In: _____. *U.S. Attorneys' manual*: criminal resource manual. Washington, D.C., 2008a. Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-monitors>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Department of Justice. Office of Public Affairs. Former Morgan Stanley managing director pleads guilty for role in evading internal controls required by FCPA. *Justice news*, Washington, D.C., 25 abr. 2012a. Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Department of Justice. Office of Public Affairs. Siemens AG and three subsidiaries plead guilty to Foreign Corrupt Practices Act violations and agree to pay $450 million in combined criminal fines. *Justice news*, Washington, D.C., 15 dez. 2008b. Disponível em: <http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. *Memorandum*. Subject: Individual accountability for corporate wrongdoing. Washington, D.C., 9 Sept. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Department of Justice. Securities and Exchange Commission. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. [Washington, D.C.], 2012b. Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

_____. Department of Justice. Securities and Exchange Commission. *The laws that govern the securities industry*. [Washington, D.C.], 2014. Página informativa. Disponível em: <http://www.sec.gov/about/laws.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Supreme Court. New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States. Relator: Justice Day. Washington, D.C., 23 fev. 1909. *United States reports*, Washington, D.C., v. 212, p. 481-499, [1909]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/212/481>. Acesso em: 1. jul. 2015.

_____. United States District Court. Southern District Of Texas. *Case n. 4:10-cr-00765*. Houston, 4 nov. 2010. Plea agreement. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

VOLKSWAGEN BRASIL. *Prevenção à lavagem de dinheiro*. [São Paulo], 2014. Cartilha. Disponível em: <http://www.vw.com.br/content/medialib/vwd4/br/editorial/cartilha-de-preven--o---lavagem-de-dinheiro-vwb-pdf/_jcr_content/renditions/rendition.download_attachment.file/cartilha-de-preven--o---lavagem-de-dinheiro-vwb.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de direito bancário*, do mercado de capitais e da arbitragem, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 53-78, jan./mar. 2002.

WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla

Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Washington Consensus*. Trade, foreign policy, diplomacy and health. [S.l.]: 2013. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story094/en/>. Acesso em: 5 out. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Qui peut et n'empêche pèche, pero no delinque: (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos). In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*: "in memorian". España: Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

_____. Prefacio. In: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal*: común vigente en Alemania. Tradução de Eugenio Raúl Zafaroni e Irma Hagemeir. Argentina: Hammurabi, 1989.

_____ et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.

ZAGARIS, Bruce. Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.