

devida compreensão destes institutos facilita o recorte da participação criminal e a justa adequação das condutas ao caso concreto.

NOTAS

- (1) CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 118 e ss.
- (2) JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000, p. 72 e ss.
- (3) PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um Novo Sistema do Direito Penal. Considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003, p. 90.
- (4) Idem, p. 91.
- (5) JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid:

Civitas, 1997, p. 218.

- (6) Com mais detalhes, CARO JOHN, José Antonio. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley, 2003, p. 73 e ss.; JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010, p. 55 e ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Comares, 1999, p. 17 e ss.; CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 77 e ss.
- (7) CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 118 e ss. Com detalhes, RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de capitales y negocios standard*. *Revista Ibero-americana de Ciencias Penales*, Porto Alegre, ano 3, n. 7, p. 163-164, set./dez. 2002; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Granada, Espanha: Comares Editorial,

2002, p. 219-220.

- (8) GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Lavado de activos: criterios de imputación por la actuación de profesionales* (notários, empleados de actividades financieras, etc.). In: *El sistema penal normativista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 547.
- (9) Idem, p. 548.
- (10) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 174.
- (11) Idem, p. 173.

André Luís Callegari

Advogado criminalista. Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador e Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos.

REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O CONTROLE PENAL DOS DEVERES DE COMPLIANCE

Giovani A. Saavedra

O termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. No âmbito empresarial e, principalmente, das instituições financeiras o termo tem sido conceituado da seguinte forma: "Compliance é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal".⁽¹⁾

A partir desse conceito, pode-se apreender o primeiro problema que será abordado no presente artigo: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os *Compliance Officers* teriam como obrigação avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os *Compliance Officers* têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados "deveres de Compliance",⁽²⁾ mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas ou microempresas.⁽³⁾

Nesse sentido, os *Compliance Officers* funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo *Compliance*, surge um segundo problema: o caráter "quase-tautológico" do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa

tem de se adequar às leis é uma trivialidade. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do *Compliance*, ela não pode ser buscada nesse seu aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia. Dado que se trata de assunto complexo e que não poderá ser esgotado, tendo em vista os limites do presente artigo, no que segue, concentraremos a análise apenas em apenas um de seus aspectos: a problemática dos deveres de *Compliance*.

No Brasil, os deveres de *Compliance* estão diretamente vinculados ao nosso sistema de prevenção do crime de Lavagem de Dinheiro e inserem-se no contexto de regulação do mercado financeiro. Estes deveres estão elencados, basicamente, nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98. Eles poderiam ser resumidos e sistematizados nos seguintes quatro deveres: 1) identificar e cadastrar clientes (art. 10, inc. I); 2) registrar operações (art. 10, inc. II); 3) prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (art. 10, inc. III); e, principalmente, 4) comunicar, independentemente de provocação pelas autoridades a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente valor elevado (art. 11).⁽⁴⁾

A primeira pergunta relevante para o criminalista que analisa os deveres de *Compliance* é: qual seria a consequência do descumprimento dos deveres de *Compliance*? Na prática das varas federais e na doutrina encontram-se três correntes. A primeira entende que se deve recorrer aos artigos da Lei 7.492/86 para coibir o descumprimento dos deveres de colaboração, especialmente, aos arts. 16 e

22 e, eventualmente, ao art. 4º. Contra essa posição, argumenta-se que as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulam fenômenos diferentes, sendo que só a segunda trata dos deveres de *Compliance*. Portanto, os deveres de *Compliance* não se destinariam à tutela do sistema financeiro, mas, somente, à identificação de movimentações financeiras que indicariam a possibilidade de se estar diante do crime de lavagem de capitais. Nesse caso, portanto, seria necessária a criação de um tipo específico.⁽⁵⁾ Uma segunda corrente defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de *Compliance* seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF.⁽⁶⁾ Por fim, em outro artigo, também publicado no *Boletim do IBCCRIM*,⁽⁷⁾ já se havia sinalizado para o risco de, em breve, o descumprimento dos deveres de *Compliance* serem associados à posição de garante. Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em novembro de 2010: "(...) Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada".⁽⁸⁾ Em nosso entendimento, essa posição parece ter quatro problemas principais: 1) *Pena e Proporcionalidade*: ela parece violar o princípio da

proporcionalidade, à medida que, em princípio, atribui punição mais gravosa à instituição financeira autorizada (art. 1º da Lei 9.613/98, pena de 3 a 10 anos e multa) e menos gravosa aos gestores da instituição financeira clandestina (art. 16 da Lei 7.492/86, pena 1 a 4 anos); 2) *Problema processual*: essa orientação parece infringir direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, inserto no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, dado que não se pode, por um lado, obrigar as instituições financeiras a prestar informações financeiras e depois puni-las com base nessas provas por ela produzidas; 3) *Responsabilidade Penal Objetiva*: é necessário que se desenvolvam critérios materiais e não meramente formais para a aplicação da figura do garante, sob pena de se passar a adotar uma espécie de responsabilidade penal objetiva, totalmente rechaçada pela melhor doutrina. Tais critérios já são exigidos no caso do Direito Penal Nuclear, que trabalha com crimes de maior gravidade, e, portanto, com muito mais razão, deveriam ser aplicados no Direito Penal Secundário; por fim, 4) *Risco ou Perigo de lesão ao bem jurídico tutelado*: em função do princípio da ofensividade, deve-se, também aqui, identificar o risco e/ou perigo da omissão ou da violação de deveres de *Compliance* para o bem jurídico, dado que sem essa ofensa não haverá crime.

Como se pode ver, o debate está ainda no início e ainda há muito para ser compreendido. Nesse sentido, pretendeu-se, nos limites

do presente artigo, apresentar um aspecto da problemática para contribuir para o avanço da pesquisa dos aspectos criminais do *Compliance*. O que, porém, deveria ter restado claro é que a novidade do *Compliance* somente pode ser compreendida a partir do diálogo com o Direito Penal. Sem esse diálogo, corre-se o risco de se cair em paradoxo exposto alhures:⁽⁹⁾ procurando-se proteger a empresa através da criação de *Compliance Officers*, acaba-se por aumentar o risco de sua responsabilização penal, dado que se eles não forem bem sucedidos nessa tarefa poderão responder como se tivessem praticado o crime.

NOTAS

- (1) COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.
- (2) Ver, a esse respeito: BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.
- (3) Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*. München: C.H. Beck, 2010; ROTSCH, Thomas. *Recht*

– *Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.

- (4) Existem outras normas e resoluções do COAF e Circulares do BACEN que regulamentam e detalham essas obrigações. Porém, em função dos limites do presente artigo e por entender que essas normas não agregam à discussão que aqui se pretende propor, a análise se limitará aos artigos citados.
- (5) Essa é a crítica e a sugestão de Daniel Marchionatti Barbosa em: *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.
- (6) Essa é a posição, por exemplo, de Carlos Fernando Lima em: *O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: CARLI, Carla Verissimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 84.
- (7) SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.
- (8) *Apelação Criminal* n. 5008326-03.2010.404.7100/RS, relator Paulo Afonso Brum Vaz, data de publicação: 19.11.2010 (grifo nosso).
- (9) SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.

Giovani A. Saavedra

Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado). Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais e da Comissão Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). (contato do autor: saavedra@srgadvogados.com)

O ACESSO DO PRESO À JUSTIÇA

Marina Dias

O preso não tem acesso à justiça. A falta de acesso fica ainda mais evidente em razão da situação preocupante em que se encontra o sistema prisional no Brasil. O Estado tem implementado uma política de exclusão no sistema de justiça penal.⁽¹⁾ A população prisional brasileira é de 498.487 mil presos. Um estudo do International Centre for Prison Studies aponta o Brasil como o 4º país com maior população carcerária no mundo, perdendo apenas para EUA, China e Rússia.⁽²⁾ Em percentuais, é o país que mais cresceu em termos de encarceramento. Em 20 anos, a população carcerária aumentou 450% no país, a dos Estados Unidos cresceu 77%, a da China, 31%, e a da Federação Russa, 17%, segundo dados apresentados pelo Professor Luis Flavio Gomes.⁽³⁾

É comum o argumento de que a situação prisional não é um problema do Poder Judiciário e sim do Executivo. Não é verdade. A responsabilidade recai sobre ambos. A lei de execuções penais prevê a visita mensal aos estabelecimentos penais do Juiz de Execuções, do Ministério Público e do Defensor Público. São poucos os que cumprem tal dever. Grande parte faz uma visita meramente protocolar, sem penetrar no interior

dos raios e, tampouco, entrevistar os presos. Outros nem aparecem. É possível afirmar com segurança que muitos Juízes Criminais sentenciam sem nunca ter pisado em um estabelecimento prisional, desconhecendo o destino para onde enviam os sentenciados.

Visitar cadeias não é tarefa fácil: é um ambiente hostil, triste, que cheira mal. Há carência de tratamentos de saúde preventivos e coletivos. Muitas prisões têm uma arquitetura que dificulta a ventilação e a entrada de luz nas celas, o que gera um ciclo vicioso de doenças, sem falar nos danos psicológicos. Cadeia no Brasil é depósito de gente. Os presos são lá abandonados e não possuem perspectivas de reinserção social. Aquele que, por um erro judiciário ou por um desatino lá se encontra, ingressa, também em uma malha criminosa mais profunda, seja pelo convívio, seja pelo tratamento desumano a que é submetido. O acesso à educação e ao trabalho é precário. E a assistência jurídica nos presídios é ainda muito insatisfatória e de qualidade questionável. Presos provisórios convivem com presos sentenciados. Há casos de unidades prisionais paulistanas em que a população supera 2.000, sendo que a capa-

cidade é, em média, de 700 presos.

O art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal (CF) garante ao preso o acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita. O art. 134 da CF prevê a criação da Defensoria Pública, instituição essencial para defesa dos necessitados em todos os graus de jurisdição. O que seria necessário para que o preso tivesse de fato acesso à justiça? Basta ter um defensor constituído no processo? Ou, mais do que isso, é preciso o exercício pleno do direito de defesa?

Mauro Capelleti, ao definir a expressão “acesso à justiça” diz que “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁽⁴⁾ Ensina Kazuo Watanabe: “A população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, e não a justiça praticada por juízes sem qualquer aderência à vida”.⁽⁵⁾ O Defensor Público Fábio Luís Mariani de Souza sintetiza muito bem o que seria o acesso à justiça penal: “Direito ao devido processo legal; direito a ser tratado como sujeito e não mero objeto de persecução penal; direito a ser tratado