

Revista SÍNTESE

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

ANO XIII — Nº 75 — AGO-SET 2012

CLASSIFICADA NO QUALIS NA CATEGORIA B5

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça — Nº 50/2001

Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Nº 18/2001

Tribunal Regional Federal da 2ª Região — Nº 1999.02.01.057040-0

Tribunal Regional Federal da 3ª Região — Nº 20/2010

Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Nº 07/0042596-9

Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Nº 10/07

DIRETOR

Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL

Cleber Busch

EDITORA

Herica Eduarda Geromel Vasques

CONSELHO EDITORIAL

Fernando da Costa Tourinho Filho, Geraldo Batista de Siqueira, Jader Marques,
Luiz Flávio Gomes, Neemias Moretti Prudente, Paulo José Iasz de Moraes, René Ariel Dotti,
Roger Spode Brutti, Ronaldo Batista Pinto, Salvador José Barbosa Júnior

COMITÊ TÉCNICO

Débora de Souza de Almeida, Giovani Agostini Saavedra,
Leonardo Schmitt de Bern, Renata Jardim da Cunha Rieger, Rogério Montai de Lima

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Aloma Ribeiro Felizardo, Bruno Tadeu Buonicore, Cristina Oliveira,
Felipe Pinheiros Nascimento, Giovani Agostini Saavedra,
Milton Jordão, Paulo José Iasz de Moraes, Renata Jardim da Cunha Rieger,
Ricardo Jacobsengloeckner, Roger Spode Brutti, Ronaldo Batista Pinto,
Vitor Gonçalves Machado, Wellington de Serpa Monteiro

Uma publicação da SÍNTESE.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos de Direito Penal e Processual Penal.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo e-mail: pesquisa@iob.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 5.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Edituração

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço rdp@iob.com.br.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA SÍNTESE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Nota: Continuação da REVISTA IOB DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./maio, 2000

Publicação periódica
Bimestral

v. 13, n. 75, ago./set. 2012

ISSN 2179-1627

1. Direito penal – periódicos – Brasil
2. Direito processual penal

CDU: 343.2(81) (05)

CDD: 343

(Bibliotecária responsável: Helena Maria Maciel CRB 10/851)

SÍNTESE: Uma empresa do GRUPO IOB



IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP
Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sintese.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7283888

www.sintese.com

Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro

GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha), Mestre em Direito e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, Professor de Direito Penal, Criminologia e de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito PUCRS, Professor e Coordenador das Especializações em Ciências Penais e Direito, Mercado e Economia da PUCRS, Professor do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS (Mestrado e Doutorado), Professor convidado em diversos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Pesquisador do Institut für Sozialforschung (Alemanha, Frankfurt am Main) no período de 2005 a 2008, Secretário-Geral do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais (PUCRS) e Coordenador da Comissão Científica da Faculdade de Direito da PUCRS.

O conceito de *Compliance* surgiu na década de 1990, mas apenas nos últimos anos ele também passou a ser objeto de estudos jurídicos. Oficialmente, o conceito passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei nº 9.613, de 03.03.1998, e da Resolução nº 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional. Deste então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de, respectivamente, colaborar com as investigações da lavagem de dinheiro (os chamados deveres de *Compliance*) e de criar sistemas de controles internos que previnam a práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Porém, em que pese o conceito tenha surgido na década de 1990, ainda não surgiu, no Brasil, tanto na academia quanto na doutrina jurídico-penal e, muito menos, no âmbito da Criminologia, nenhuma discussão relevante acerca do tema. A relevância e o potencial penal e criminológico deste novo conceito ainda não foram explorados adequadamente, na profundidade que o tema merece e, principalmente, quase não têm sido levados em consideração na academia. Além disso, no âmbito empresarial, os potenciais atingidos também parecem não ter se dado conta das fortes consequências jurídico-penais deste novo instituto para o desenvolvimento de suas atividades.

De fato, no Brasil, *Compliance* tem sido compreendido, de um lado, apenas como parte da implementação das “boas práticas” da “*Corporate Governance*”. Neste caso, *Compliance* é entendido como um “mandamento ético” que deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com

o mercado¹. Por outro lado, no âmbito das ciências criminais, o significado deste conceito para o Direito Penal e para Criminologia, bem como os reflexos do seu desenvolvimento para a política criminal, quase não foram explorados. A única exceção digna de nota são os debates acerca dos chamados “deveres de *Compliance*”, que são discutidos como um aspecto dos crimes de lavagem de dinheiro². Além disso, em especial o debate internacional sobre *Criminal Compliance* é totalmente desconhecido no Brasil³.

O objeto de estudo do *Criminal Compliance* se confunde, em grande medida, com aquele do Direito Penal Econômico e, portanto, vários autores procuram diferenciar o espectro de problemas de cada um destes ramos de pesquisa⁴. De fato, *Criminal Compliance* não significaria nada de novo se em seu conceito fossem subsumidos apenas os elementos que já são encontrados no debate nacional e internacional sobre Direito Penal Econômico. Por outro lado, o surgimento deste novo fenômeno parece diretamente vinculado com o surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras, pois apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades⁵.

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *Criminal Compliance* é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise *ex post* de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o *Criminal Compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso o objetivo do *Criminal Compliance* tem sido descrito

1 Ver, a esse respeito: ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; Febraban – Federação Brasileira de Bancos, *Cartilha Função de Compliance*, agosto 2003 com atualização em julho de 2009 (Verfügbar in: www.febraban.com.br); COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance*. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p. 12 e ss.; MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. Consolidação e perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 64 e ss.; ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Atlas, 2009. p. 183 e ss.

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 (Org.). *Curso modular de direito penal*. Florianópolis: Conceito Editorial – Emagis, v. 2, 2010. 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 – Managment – Risikobereiche, München: C.H. Beck, 2010; e ROTSCH, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 2010.

4 ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, p. 614 ss.

5 Idem, p. 616.

como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”⁶. Segundo posição dominante, portanto, as empresas de capital aberto e as instituições financeiras deveriam criar os chamados *Compliance Officers* que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os *Compliance Officers* têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *Compliance Officers* e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (*Bundesgerichtshof*) condenou um *Compliance Officer* por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância⁷.

Como se pode ver, o desenvolvimento do *Compliance* parece implicar em um paradoxo⁸. O objetivo de *Compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos, se pretende prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os *Compliance Officers* têm sido constituídos acabam por colocá-los na posição de garante. Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ao invés de diminuir, ou seja, a criação de *Compliance Officers*, que deveria zelar pela diminuição de riscos *Compliance*, acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os *Compliance Officers*, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa), fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

Isso acontece, principalmente, porque o desenvolvimento do *Compliance* tem se dado à margem do Direito Penal e da Criminologia. Exatamente por isso, há um consenso no âmbito da discussão internacional a cerca de *Compliance*: a pesquisa e implementação de *Compliance* supõe conhecimentos jurídico-penais para o seu desenvolvimento adequado. Esse novo âmbito de pesquisa tem sido designado pela doutrina jurídico-penal internacional como *Criminal Compliance*, ou seja, o estudo dos controles internos e outras medi-

6 Ver, a esse respeito: COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance*. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35 e ss.

7 Para um panorama sobre a discussão sobre esta decisão na Alemanha, ver a bibliografia citada na nota 3 do presente artigo.

8 O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel. *Paradoxien des Kapitalismus*. Ein Untersuchungsprogram, In: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

das que podem ser adotados em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes. Trata-se de novo campo de pesquisa no âmbito das Ciências Criminais que tem chamado a atenção de penalistas e criminólogos de todo o mundo e que, espera-se, também o faça no âmbito da pesquisa nacional.

O termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *tocomply*, 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”⁹.

A partir desse conceito, pode-se apreender um primeiro problema que precisa ser enfrentado por todo aquele que quiser tratar seriamente do tema: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulação, 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*”¹⁰, mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas ou microempresas¹¹.

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

9 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.

10 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, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Org.). *Curso modular de direito penal*. Florianópolis: Conceito Editorial – Emagis, v. 2, 2010. p. 489-510.

11 Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: ROTSCHE, 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 – Managment – Risikobereiche, München: C. H. Beck, 2010; ROTSCHE, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe*. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2010.

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* na nova Lei de Lavagem.

NOVOS DEVERES E OBRIGAÇÕES

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 nº 9.613/1998. Eles poderiam ser resumidos e sistematizados nos seguintes quatro deveres: 1) identificar e cadastrar clientes (art. 10, inciso I); 2) registrar operações (art. 10, inciso II); 3) prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (art. 10, inciso 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)¹².

A nova Lei de Lavagem, a Lei nº 12.683/2012, aprovada no dia 9 de julho de 2012, ampliou o rol de deveres e obrigações de *Compliance*. Agora a lei também obriga expressamente a ter um programa de *Compliance* nos incisos III e IV, que foram inseridos pela nova lei no art. 10 da Lei de Lavagem:

Art. 10. [...]

[...]

III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma e condições por eles estabelecidas;

V – deverão atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

Além disso, passa também a obrigar, expressamente, às pessoas físicas e jurídicas elencadas no art. 9º a criar um sistema de comunicação de operações suspeitas:

Art. 11. [...]

12 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.

[...]

II – deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

- a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e
- b) das operações referidas no inciso I;

III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

[...]

§ 3º O COAF disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do *caput* aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (NR)

ROL DAS PESSOAS SUJEITAS AOS “MECANISMOS DE CONTROLE”

A nova Lei de Lavagem também aumentou o número de atividades que tem obrigação de ter um programa de *Compliance*. Em resumo, hoje, as seguintes atividades precisam implantar um programa de *Compliance*:

- a) Bolsas de valores, de mercadorias ou futuros e sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;
- b) Seguradoras, corretoras de seguros e entidades de previdência complementar;
- c) Administradoras de cartões de crédito, administradoras de consórcios e de cartões de credenciamento;
- d) Administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio que permita a transferência de fundos;
- e) Empresas de arrendamento mercantil e as de fomento comercial (*factoring*);
- f) Sociedades e empresas que efetuem a distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam desconto na sua aquisição, mediante sorteio ou outro método assemelhado;
- g) Qualquer empresa ou atividade que dependa de autorização de órgão regulador do mercado financeiro, de câmbio, de capitais ou seguros;
- h) As pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;
- i) As pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades;
- j) As pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

- l) Juntas comerciais e registros públicos;
- m) As pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:
 - a) De compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
 - b) De gestão de fundos, valores mobiliários ou de outros ativos;
 - c) De abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
 - d) De criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários e estruturas análogas;
 - e) Financeiras, societárias ou imobiliárias;
 - f) De alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;
 - g) 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;
 - h) A empresas de transporte e guarda de valores;
- n) As pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem sua comercialização;
- j) As dependências no exterior de entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no país.

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO

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 nº 7.492/1986 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 nºs 7.492/1986 e 9.613/1998 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, que ainda não foi criado, nem mesmo pela nova Lei de Lavagem¹³.

13 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

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 nº 9.613/1998, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF¹⁴. A nova Lei de *Lavagem* reforçou esse entendimento, pois deixou claro que se aplica multa às pessoas referidas no art. 9º, sempre que descumprirem as obrigações e os deveres de *Compliance*:

Art. 12. [...]

[...]

§ 2ºA multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

[...]

II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III – deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

[...].

Por fim, em outro artigo, também publicado no *Boletim do IBCCrim*¹⁵, 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 art. 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de *compliance*, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada”¹⁶.

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 nº 9.613/1998, pena de 3 a 10 anos e

de *compliance*. In: HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Org.). *Curso modular de direito penal*. Florianópolis: Conceito Editorial – Emagis, v. 2, 2010. p. 489-510.

14 Essa é a posição, por exemplo, de Carlos Fernando Lima em: O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *Compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 84.

15 SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, a. 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011.

16 Apelação Criminal nº 5008326-03.2010.404.7100/RS, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Publicação: 19.11.2010 (grifo nosso).

multa) e menos gravosa aos gestores da instituição financeira clandestina (art. 16 da Lei nº 7.492/1986, pena 1 a 4 anos); 2) *Problema processual*: essa orientação parece infringir direito fundamental do *nemotenenetur se detergere*, inserto no art. 5º, inciso 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; e, 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 alguns aspectos 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 alhures¹⁷: procurando-se proteger a empresa por meio 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.

17 SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, a. 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011.