

As políticas de *compliance* e a autoregulação regulada como ferramentas de prevenção à lavagem de dinheiro.

Silvia Monique Santos Cezar¹

Resumo: O presente estudo versa sobre as políticas de *compliance* e a autoregulação regulada como ferramentas de prevenção à lavagem de dinheiro. Tem como objetivo principal verificar, à luz do novo panorama do Direito Penal, no viés da criminalidade econômica transnacional, se as políticas de *compliance* e a autorregulação regulada são ferramentas eficazes de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Nota-se que o Direito Penal está profundamente relacionado com as questões do estudo por proporcionar diretrizes que definem condições viáveis para o desenvolvimento de uma análise mais aprofundada, que por diferentes enfoques e perspectivas, consegue refletir sobre as hipóteses levantadas na pesquisa e a chegar às primeiras reflexões investigadas e considerações finais com segurança.

Palavras-Chave: Lavagem de Dinheiro; *Criminal Compliance*; Autorregulação Regulada

1. Introdução

Este estudo trata da importância das políticas de *compliance* e a autorregulação regulada como ferramenta de prevenção à lavagem de dinheiro, no contorno da criminalidade econômica transnacional sustentada nas novas tecnologias e formas de conexão promovidas pela globalização.

Diante das exigências da Lei de Lavagem de Ativos, o Estado introduziu as políticas de *Compliance*, visando o fortalecimento das medidas de combate à delinquência econômica, criou institutos e instituições jurídicas, que para além de robustecer os dados relativos às transações financeiras, aprimorou as investigações.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal); membro do grupo de pesquisa Grupo de Pesquisa em Criminologia Crítica na América Latina da UCSal; bacharela em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa; especialista em Ciências Criminais e Sistema Prisional pelo Grupo JusPetrum. Advogada do escritório Barreto e Cezar Advocacia.

Neste sentido, emerge a autorregulação regulada nos *compliance programs*, com as imposições trazidas pela lei à cooperação privada na prevenção dos delitos econômicos, que implica em individualizar uma empresa de acordo com as suas especificidades e a legislação da sua área de atuação a partir da autonomia conferida pelo Estado a sofrer uma autorregulação regulada.

Nessa perspectiva, emerge a indagação que este estudo busca responder: em quais aspectos a autorregulação regulada e as políticas de *criminal compliance* podem auxiliar na prevenção do crime de lavagem de dinheiro numa sociedade globalizada?

O estudo de tal temática, tão vasta e complexa, representa um desafio, como demonstram as diversas investigações multidisciplinares da área, que, sob diferentes enfoques e perspectivas, vêm continuamente tentando avançar a compreensão teórica sobre o assunto.

Por meio do método hipotético-dedutivo, o estudo caracteriza-se pela utilização da metodologia de pesquisa do tipo teórico-bibliográfico, no qual buscou-se, por meio da abordagem qualitativa, o exame de fonte primária bibliográfica, qual seja, a análise documental.

2. Políticas de compliance: a autorregulação regulada e os desdobramentos penais na prevenção à lavagem de capitais

O *compliance* é uma temática jurídica recente no Direito brasileiro. Antes de entender as razões do *compliance* representar uma autorregulação regulada e a sua funcionalidade como ferramenta de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, é elementar conceituar para compreender sua complexidade e aplicabilidade numa empresa¹, verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada, de acordo com a particularidade de cada atividade econômica desenvolvida por cada sociedade empresária.

O *Compliance*, termo advindo do inglês “*to comply*” significa estar em conformidade com o ordenamento. É utilizado para definir as ações com escopo de mitigar riscos a que o empreendedor está vulnerável, e sobre os quais várias teorias fundamentam o direito privado no ordenamento jurídico pátrio, além de propor uma estrutura de prevenção da corrupção e fraude nas organizações, além da garantia na transparência, independentemente do ramo e da

¹ Não olvidando que é possível a aplicação na seara da administração pública, mas que não se revela o foco deste estudo.

natureza da atividade, sem prejuízo das organizações sem fins lucrativos. (SCHRAMM, 2018, p. 317)

Diante da especificidade e ao mesmo tempo da amplitude da ciência jurídica, faz-se necessário um olhar curioso sobre como o *Compliance*, a complexidade do Direito e as mudanças do cenário empresarial podem convergir para a aplicabilidade prática, e em um olhar mais amplo a economia mundial na forma como vem se modificando, de modo que estas mudanças acabam por repercutir nas relações comerciais e jurídicas e, conseqüentemente desembocam no Poder Judiciário, seja na esfera administrativa, cível ou no Direito Penal, o qual, como ainda carece de disposição, tem como umas das fontes principais a doutrina penal que, segundo Luís Greco, tem que funcionar como espécie de quarto poder, o poder que não tem controle, mas que controla pelos argumentos (SOUZA, 2015).

Nesta era de “Politicamente Correto”, há a necessidade que o próprio mercado cria de contínuo incremento e/ou melhoramento das políticas nas organizações. A relevância de que as empresas se atentem e incorporem as medidas também no que se refere às práticas fundadas na ética, ou ainda melhor, no estrito cumprimento, mas também com o olhar voltado à teleologia da norma e o respeito à sua finalidade, sem prejuízo de providências que tratem da melhoria nas estratégias. (VIEIRA, 2016).

A constatação de que os *compliance programs* apresentam, na grande maioria das vezes, uma incidência mais acentuada de controles de origem criminal decorre de um fator extrínseco motivador: a legislação que obriga as organizações privadas a estabelecerem mecanismos típicos de combate à criminalidade econômica.

A visão de que os *compliance programs* são predominantemente de vertente criminal é um ponto de convergência na doutrina brasileira (SILVEIRA, p.114-128). Mas não apenas esse fator extrínseco em específico pode ser considerado, isoladamente, causa para o surgimento de *criminal compliance programs*. Todd Haugh (2016, p. 190) identifica outra, além da legislação, que, ao passo que contribui para o surgimento de *compliance programs*, igualmente influencia um viés criminal. É o fator extrínseco, pois advém extramuros da organização privada: o surgimento de uma investigação pública criminal em face da organização privada e/ou seus empregados tendo em vista indícios de prática de uma ou mais condutas criminosas.

Apesar de o autor atentar-se à necessidade do *compliance* não poder ser unicamente voltado à temática criminal, fato é que ele não nega a evidente importância e até a necessidade de existir um *criminal compliance program*. É essa conclusão que interessa ao presente estudo,

pois deixa claro que um *compliance program* efetivo depende de austeros controles de natureza criminal. (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 88)

Esses controles criminais devem se apresentar, conforme a lei Lei n.º 9.613/98, a lei Lei n. 12.846/2013, e o Decreto nº 8.420/2015, em três momentos distintos: antes (preventivo), durante (detectivo) e depois (remediador).

Nas leis relativas à matéria, é possível encontrar inúmeras disposições de controle que, em última análise, têm como objetivo de prevenir e detectar corrupção no Brasil, mas que se referem, detidamente, a inúmeros outros atos que, normalmente, pairam sobre os crimes de lavagem e corrupção. São outras condutas (também potencialmente criminosas) secundárias ao crime fim, como, por exemplo, controles relacionados a conflito de interesses e transações com partes relacionadas, importância da elaboração de pesquisa reputacional quando da contratação de terceiros (fornecedores, prestadores de serviços), registros contábeis fidedignos de todas as operações, análise de riscos, dentre outros (BRASIL, 2015).

De um lado, o Poder Público passa a partilhar com as organizações privadas a aplicação prática de verdadeiras ferramentas de política criminal, facilitando a essas o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Facilita, pois as organizações privadas não passam mais a responder somente à generalidade e abstração da lei, podendo editar regras internas moldadas de maneira precisa à luz das especificidades de seu nicho de atuação, o que propicia o desenvolvimento da atividade econômica, além de torná-la mais segura e sustentável.

Ao passo que a organização privada tem a liberalidade de moldar um *criminal compliance program* à luz das suas particularidades, mitigando a ocorrência de prisões, de condenações criminais e de multas – transferência de responsabilidade penal – surge o ônus de ter de lidar com uma maior transparência e com a existência de uma efetiva responsabilização penal.

A visão de que o *criminal compliance program* reveste a organização privada com um manto que impede o risco criminal dos empregados e da própria pessoa jurídica é, então, incorreta. Na realidade, diminui-se o risco, mas quando surge uma situação concreta, há grandes chances de a responsabilização penal ser muito mais ágil, segura e precisa, pois o *criminal compliance program* auxilia, e muito, na individualização das condutas.

Repare-se que um *criminal compliance program* tem duas facetas muito marcantes. A primeira, de um sistema (privado) desenhado para prevenir, detectar e remediar condutas criminosas a partir do exercício prático de controles tipicamente criminais, mitigando ao

máximo o risco criminal da organização privada e de seus empregados. A segunda, a transparência no desenvolvimento das atividades empresariais, da qual decorre uma assunção clara de funções, em especial daqueles cargos diretamente designados para operar o sistema. Por fim, vale ter em mente que essas duas características são fortemente presentes em *criminal compliance programs* em razão de estímulos legais, ou seja, de autorregulação regulada; a legislação (sistema anticorrupção) acaba fomentando, tendo em vista o perfil das disposições legais editadas, *criminal compliance programs* que priorizem tais facetas.

Considerando a complexidade na qual as sociedades empresárias e os seus respectivos colaboradores estão, hoje, inseridos, em particular por consequência da globalização, criaram-se os *corporate compliance programs*, que nada mais representam do que uma área, um departamento dentro da sociedade empresarial responsável por fazer valer uma integral observância da legislação aplicável.

Os *compliance programs* são autoimposições voluntárias de *standards* de conduta que, em regra, aplicam-se à sociedade empresária que os editou e aos colaboradores a essa vinculados. Uma vez que esses padrões de condutas esperados estão voltados à temática da criminalidade econômica transnacional, identifica-se o *criminal compliance program*; são exemplos claros: a política de prevenção à lavagem de dinheiro, a política anticorrupção e a política concorrencial, dentre outras.

Todas essas políticas internas são regramentos privados dotados de verdadeira força normativa, que, assim como as legislações aplicáveis à sociedade empresária (aquelas emanadas dos Estados, por meio das autoridades que têm poder para editar a lei), devem ser seguidas por essa e seus colaboradores.

3. O *criminal compliance* como "autorregulação regulada"

Com as exigências advindas da Lei de Lavagem de Ativos, o Estado reagiu às demandas assumidas com outros países e introduziu as políticas de *Compliance*, com vistas ao fortalecimento das medidas de combate à delinquência econômica. Criou institutos e instituições jurídicas, que para além de robustecer os dados relativos às transações financeiras, aprimorou as respectivas investigações.

Neste sentido, emerge a autorregulação regulada nos *compliance programs* com as imposições trazidas pela lei à cooperação privada na prevenção dos delitos econômicos.

A conceituação do termo *compliance program* (em tradução livre, programa de *compliance*) pode ser melhor entendida a partir do momento em que se constata qual a sua meta. Para tanto, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2015, p. 128)² interpretam como “particularizar uma empresa, conforme seu porte, as implicações e disciplinas da sua atividade a sofrer uma autorregulação regulada, ademais, é necessária também a ponderação das responsabilidades em caso de descumprimento dos deveres.”

A ideia é, diante das peculiaridades de cada empresa, implantar os deveres de vigilância para extinguir, senão evitar ao máximo o descumprimento às normas.

Essa fragilização da compreensão de responsabilidade individual acontece em razão do esmaecimento de juízos morais que correspondem, por exemplo, cultura criminógena encontrada no ambiente empresarial (SILVA SÁNCHEZ E VARELA, 2013, p. 278-286).

Evidencia-se a presença de outros elementos contribuidores, como a limitação para responsabilização jurídica diante da difusão de responsabilidades, haja vista que o ente empresarial é um corpo coletivo (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 171-205).

Nesta esteira, Pastor Muñoz (2006) indica possíveis razões para a proliferação da delinquência econômica: a estrutura da empresa; a subcultura empresarial e os diretores. Neste aspecto, verifica-se um afrouxamento no respeito a determinadas leis pelos seus principais destinatários, obedecendo-as apenas quando convém. Por isso fala-se em cultura empresarial, visto que é neste universo que os membros convivem, com esta lógica e códigos de conduta. (SANLLEHÍ, 2009, p. 7-8)

Por último, quando os próprios diretores dão subsídios para a delinquência econômica, também é necessário remeter à cultura empresarial, oportunidade e conhecimento para delinquir utilizando-se da estrutura da empresa (PASTOR MUÑOZ, 2006, p.5). Para ilustrar, os exemplos são vários, como a imposição de metas aos empregados que só são possíveis de atingir se agir em descontento de alguma norma, ou ainda regimentos internos ou bonificações salariais fingidamente lícitas (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 174).

² “A meta de um *compliance program* mostra-se, claramente, que se deve individualizar a complexidade da empresa, verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada. A partir de então, passa-se à pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual *non compliance*, ou seja, pelo não cumprimento dos deveres de vigilância.”

Outro elemento que corrobora para alimentar a fertilidade para prática delitiva do ambiente negocial é o *risk shifting*, quando a pluralidade de agentes que trabalham na empresa agem com intuito de velar o risco jurídico de suas atribuições: os sócios transferem a responsabilidade aos gestores, que da mesma maneira, transladam aos seus subordinados hierarquicamente (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 175).

Como consequência disto, em razão da divisão do trabalho, as informações não são difundidas na empresa (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 175), haja vista que não há identidade entre o sujeito que detém poder de decisão e o que tem conhecimento. Esta limitação verte-se em outra situação: o parco domínio que promove a existência de oportunidades para conduta criminosa (MONTIEL, 2013, p. 221-242).

Assim, é possível identificar os reflexos no âmbito corporativo de como a globalização direcionou a sociedade para o lucro e o individualismo. Todavia, cumpre enfatizar que não são todas as empresas que terão crimes cometidos em seu interior, mas apresentam condição favorável para prática delitiva.

Um programa de *compliance* criminal, em contrapartida, tem o propósito de elaborar instrumentos preventivos e de identificação da prática de crimes no bojo da atuação empresarial, uma vez que se preocupa com a observância da legislação aplicável (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.115).

A ideia é, em primeiro momento, mapear e reconhecer as ameaças mais significativas da atividade empresarial, para assim, criar e implementar mecanismos de controles preventivos e de detecção àqueles delitos cuja probabilidade de ocorrer é maior. Num segundo momento, direciona-se à execução da correção (se for possível) ou a minoração das falhas verificadas.

A execução desses controles preventivos e de detecção acaba por encontrar barreiras na legislação aplicável, pela pessoa jurídica e/ou de seus empregados (inclusive terceiros), em virtude de esses controles simbolizarem instrumentos de política criminal transferidos ao ente particular pelo poder público (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.115).

Renato de Mello, Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2015, p.116) entendem que o Estado, ao repartir responsabilidades de natureza criminal, empenha-se em ser mais bem-sucedido no combate à criminalidade econômica. O que inevitavelmente implica em aumento da responsabilidade, com novos deveres.

É imperiosa a delimitação à atuação privada, através da legislação, tendo em mente que a política criminal era de uso quase na sua totalidade de poder do Estado. Com mais autonomia, o descumprimento poderá vir com maior rigidez.

Leandro Sarcedo (2016, p.16) aborda a autorregulação regulada em seus estudos. Segundo o autor, a autorregulação não é apenas regulada, mas forçada. Para explicar, fez um paralelo da intervenção do Estado no poder econômico, por um dado tempo da atividade econômica, o Estado de forma coercitiva no que se referia à ilicitude, ao perceber que não era a maneira mais eficiente, relativizou os mecanismos de controle, socializando com o setor privado.

Neste sentido, o termo “forçada” faz referência à necessidade de alteração na forma de atuação do Estado, além do mais, relaciona-se ainda com a condição de processo inacabado, dado que a economia é dinâmica, precisando, desta maneira, ser revisitado constantemente (SARCEDO, 2016, p.16).

A regulação da atividade econômica eficiente representa vantagens ao Estado, pelo viés econômico no sentido de fortalecer e consolidar a economia, mas especialmente na redução na delinquência econômica, vez que quando há equilíbrio a sua incidência é reduzida (RUGGIERO, 2017, p.216).

Aprofundando essa questão da autorregulação regulada, cabe observar aspectos importantes: o primeiro é o reconhecimento de que o Estado sozinho não consegue combater a criminalidade econômica, segundo é que o setor privado, não alcançou sem a intervenção estatal o desenvolvimento econômico esperado, para assim reduzir a incidência de delitos.³

Ainda pelo viés da abordagem feita por Leandro Sarcedo (2016, p.28), os atores econômico-financeiros restaram incapazes de autorregular-se, bem como o poder público, na sua atuação exclusiva, não revelou grande êxito na persecução da criminalidade econômica.

Schmidt (2018, p.33-46) converge com o pensamento de Sarcedo, no sentido da ineficiência de ambas as forças (Estado e entes particulares) de antever e evitar os delitos econômicos, ou em ocorrendo, identificar e corrigir, na sua atuação independente.

³ A fase da autorregulação da Economia representou, como trazido anteriormente, uma atuação repressiva, *post factum*, do Estado no tocante àquelas condutas tidas como desviadas, ou melhor, das condutas caracterizadas como incluídas no gênero criminalidade econômica. Ora, se o Estado atuava a *posteriori* apenas, logo é possível dizer que cabia tão somente aos entes privados o simples dever de estar em conformidade quanto à legislação que lhe é aplicável; surgido um fato *contra legem*, o Estado iria punir.

Schmidt (2018, p.33-37) descreve a autorregulação livre da Economia como uma circunstância na qual o mercado não conteve, isoladamente, prevenir e remediar anomalias (delitos) econômicas. De outro modo, também se revelou insuficiente a heterorregulação planificada da Economia, quando exclusivamente o Estado opta por empenhar-se em prevenir e remediar anomalias econômicas.

Já a heterorregulação autônoma da Economia reflete a avidez em atingir um equilíbrio entre Estado e particulares na prevenção e remediação das transgressões sucedidas da atividade econômica (SCHMIDT, 2018, p.38-41).

Verifica-se que uma flexibilização do poder público que vem ocorrendo numa marcha contínua na elaboração e implantação de políticas criminais. Todavia, definir o *compliance program* tal qual significasse apenas a transmissão da responsabilidade penal do Estado às empresas é equivocado. Portanto, deve-se caminhar em direção a um olhar mais amplo quando for aplicar o conceito de *compliance program*, vislumbrando evitar uma definição simplista ou equivocada, podendo assim desencadear uma aplicação sem a real percepção da nova realidade jurídica imposta pelo *compliance*. Assim, revela-se imprescindível uma compreensão mais integral, no sentido de autorregulação regulada de modo a ter a noção contida na ciência jurídica.

Considerando que o capitalismo promoveu, por meio da globalização, uma ascensão da tecnologia, e com ela o desenvolvimento de alguns setores, bem como as alterações culturais que implicaram para a sociedade, esses e outros são alguns elementos que tornaram excessivamente complexo para o estado o controle adequado das estruturas empresariais (COCA VILA, 2013, p. 43-44).

Neste sentido, a criminalidade também evoluiu, haja vista o que existem aqueles que se beneficiam da ineficiência do estado e ao mesmo tempo outros o que se valem da estrutura das empresas para a prática delituosa.

Ademais disso, não se pode olvidar que independentemente de punição, em muitos casos não é possível retornar ao *status quo ante* do dano social já provocado, de modo que a prevenção ao crime e, ao mesmo tempo, ao dano social é a melhor forma de evitar esta problemática.

Coca Vila (2013, p.45) entende que é irrefutável que compete ao estado regular a atividade empresarial, mas a estratégia de realizar a autorregulação por meio da delegação de

parte do poder à própria empresa e se utilizar dos dados e de parte dos processos já executados para intervir de forma mais rigorosa é muito mais eficaz.

Desta maneira, a ideia é que o Estado estimule o que as empresas adotem as práticas adequadas (KUHLEN, 2013, p. 51-76), para que assim consiga se tornar mais efetivo com a regulação da economia e promova com eficiência a devida prevenção. (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015, p.250)

Na autorregulação regulada, o Estado, detentor do poder regulatório, delega aos particulares parte desse poder permitindo que elaborem especificamente para as suas empresas um corpo normativo, e à distância consegue redefinir a sua atuação utilizando-se daquilo que a empresa produziu e dos dados por ela fornecidos para cumprir a sua finalidade. (COCA VILA, 2013, p. 43-76)

Cumpra salientar que tecnicamente ao delegar fração da função regulatória para as empresas, o poder público não cede a titularidade da função porque, em última análise, ao se autorregular, a empresa está agindo de acordo com o interesse público (que neste caso foi pré-determinado pelo Estado). (COCA VILA, 2013, p. 43-76)

De forma positiva, o fato de as empresas conhecerem melhor as especificidades da sua área de atuação, bem como estão atentas às necessidades técnicas e tecnológicas mais modernas, elas otimizam e potencializam as regulamentações necessárias, e por consequência tornam a intervenção estatal mais eficaz; (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015, p.119) b) Autorregulação transferida ou *devolved self-regulation*, nesta modalidade o poder público também transfere parte do seu poder de regulação, como também a supervisão e sanção, mas mantém para si a competência para revisar tais disposições (*enforcement*); c) co-regulação ou *cooperative self-regulation*: nesta modalidade os agentes e equipes das empresas trabalham de maneira coordenada na elaboração dos regimentos especificamente.⁴ (COCA VILA, 2013, p. 51-52)

Para Nieto Martín (2008, p.5), este modelo, seria uma forma de controle social mais sofisticado. Alguns autores entendem que o Estado transfere parte do seu dever de prevenir a criminalidade econômica, de modo a caracterizar uma privatização, o que reforçaria o controle

⁴ Nesse último caso, o Estado permite a obtenção de sistemas específicos e individualizados de regulação e conta com o apoio de grupos de trabalho bilaterais ou de órgãos administrativos compostos por representantes dos sujeitos regulados. No Brasil, atualmente, a autorregulação assume o viés dessa última variante.

social em face da criminalidade ao incentivar que empresas adotem medidas que complementem a função estatal no seu poder de polícia e de sanção.⁵

Outro ponto positivo para a autorregulação regulada, e que a torna ainda mais legítima é o fato de que por não existir ainda um programa de cumprimento legal, cada empresa pode especificamente avaliar os riscos do próprio negócio da atividade (COCA VILA, 2013, p. 61), que possui necessidades diferentes. (MOLINA, 2014, p. 147).

Para Nieto Martín (2008), há quatro características principais na autorregulação regulada. O primeiro é a necessidade de um código de conduta, ou normas de comportamento. O segundo ponto tem relação com mecanismos de armazenamento de dados. A terceira característica seria direcionada especificamente para criação do comitê de auditoria, além de outras pessoas responsáveis pela manutenção do setor de *compliance* na empresa. O quarto elemento seria a necessidade, ou melhor a exigência de uma auditoria externa para certificar e avaliar a integridade do sistema de autorregulação. (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 171-205).

O *Compliance* representa o empenho empreendido pelo setor privado no sentido de prevenir a criminalidade econômica, bem como garantir o cumprimento das normas aplicáveis à atividade desenvolvida, mas principalmente promover a integridade corporativa (MAEDA, 2013, p. 167). Assim, aplicando as normas jurídicas e outras diretivas definidas para a empresa e, por seu intermédio, exerce o direito vigente e afasta os prejuízos (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 176).

Desta maneira, na hipótese do cometimento de delito no ambiente empresarial, a probabilidade de identificação pela própria empresa, pelos *compliance programs* são maiores, viabilizando a investigação e a correção de danos eventualmente gerados. (MAEDA, 2013, p. 192)

Esses métodos precisam vigorar como ferramenta corporativa genuína, segundo Montiel (2013 p. 225), que “i) esclareça e fomenta que os colaboradores ajam conforme a lei; ii) identifique as infrações, mas também reconheça e potencialize os comportamentos positivo através de benefícios e promoções; e por fim, iii) penalize as práticas ilícitas”.

⁵ Desta forma é possível verificar benefícios as duas partes, por um lado o poder público se aproveita do aparato privado de controle para garantir que as suas pretensões de ordem segurança se executem, e por outro lado os agentes privados aproveitam o amparo e o apoio do poder público e do Direito Penal em sua atuação. (MOLINA, 2014, p. 151-152)

Esse método pressupõe que a ausência ou escassez de valores éticos significa o motivo principal da criminalidade empresarial, assim, remodelar a administração corporativa adotando estas diretrizes consiste na forma mais efetiva de combate à criminalidade.⁶(PASTOR MUÑOZ, 2015. p. 8).

O autocontrole da organização se revela uma estratégia político-criminal necessária de censura ao delito próprio do âmbito empresarial, haja vista a ineficiência da prevenção geral negativa da norma penal empresarial, bem como da persecução penal do Estado *a posteriori*, mas especialmente por abranger conteúdo direcionado não apenas à prevenção, mas também para mudança de cultura no ambiente corporativo “em um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção” e neutralizar os impactos criminógenos (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013, p. 176). De mais a mais, é tão mais vantajoso às corporações editar seu próprio regulamento, diante de uma economia global e complexa pautada no bojo de inúmeras novas especificidades técnicas e seus riscos do que seguir normais genéricas que não se aplicam concretamente à atuação de cada empresa (SIEBER, 2013, p.98-99).

A prevenção acontece por meio da elaboração de um diagnóstico jurídico da atuação da empresa e suas relações internas e externas (BENEDETTI, 2013, p. 303-32), com a intenção de amoldá-la à legislação pertinente⁷(SÁNCHEZ RIOS, p. 341-375. p. 351). e afastar práticas transgressoras. (NIETO MARTÍN, 2008. p. 29).

Assim, torna-se praticável delinear precisamente a atuação da empresa, como também verificar riscos (SIEBER, 2013, p. 91) consideráveis da conduta dos colaboradores e definir os limites de cada departamento (SCANDELARI, 2015, p. 184).

Em outras palavras, o objetivo principal do *criminal compliance* revela-se em evitar o acometimento da norma penal (SÁNCHEZ RIOS, 2015, p.351) agindo no controle social (NIETO MARTÍN, 2008, p.29) de forma *ex ante* ao delito.

Assim, o Direito Penal alcança um novo horizonte. Agora o Estado transmite aos agentes privados o dever de prevenir, investigar e informar eventuais ilícitos detectados, por meio de uma legislação reformulada que estimula as políticas de *compliance*, mas também estatui penalidades na hipótese de descumprimentos.

⁶ “Essas diretrizes funcionam como verdadeiros ‘alto-falantes’ da legislação penal atinente.” (FORIGO, 2017).

⁷ Sánchez Rios esclarece que um dos motivos para o surgimento do *criminal compliance* é a dificuldade do empresário em se adaptar a toda normativa (tributária, ambiental, laboral, administrativa etc.) que rege sua atividade.

Em que pese aparente que o poder público esteja ausente diante das novas disciplinas, o Estado avança de forma ativa na execução de políticas públicas criminais, de forma mais harmônica no contexto atual em que a globalização demarca os aspectos econômico-financeiros. (RUIVO, 2011, p. 23).

4. *Criminal compliance*: novas perspectivas e desafios

No contexto de possibilidades legais que se mostram capazes de solucionar os conflitos, resultantes de questões divergentes sobre a prevenção e combate aos delitos empresariais, especialmente no âmbito das instituições bancárias, busca-se sugerir modalidades de penalização justa.

4.1 Norma penal incriminadora específica: concepção

Em 1992 a CICAD (Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas) aprovou na assembleia-geral da OEA (Organização dos Estados Americanos) o Regulamento Modelo sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro relacionados com o tráfico ilícito de drogas e outros delitos graves, na ocasião foi recomendada a tipificação da conduta das instituições bancárias, seus funcionários ou representantes, que dolosamente não observem os deveres de *compliance*.

É cediço que o Brasil não atendeu às recomendações do Regulamento Modelo ao deixar de tipificar o descumprimento dos deveres de *compliance* como proposto pela CICAD.

Assim, o transgressor da Lei de Lavagem de Capitais brasileira será responsabilizado apenas administrativamente, na forma prevista em seu art. 12, na hipótese de inobservância dos deveres de *compliance*. A esse respeito, Hassemer (1994, p. 478) observa que muitas das proibições incorporadas ao Direito Penal alemão, a exemplo da disciplina de proteção do meio ambiente e da economia, têm sido provenientes da jurisprudência administrativa. Por outro lado, a ausência de legislação específica, no caso do *Compliance Officer*, não deixa de ensejar a imputação criminal, uma vez que o responsável pelas políticas de *compliance* nas instituições financeiras, aqui no Brasil, assume a posição de garantidor.

O Regulamento Modelo prescreve a incriminação do descumprimento das obrigações de *criminal compliance*. Em princípio, soa como uma tipificação criminal que representa uma conduta, sem qualquer menção ao resultado específico, de modo que caracteriza um delito de perigo abstrato. Neste sentido, se seguida a recomendação da CICAD, a conduta omissiva de

quem colabora para a prática do crime de lavagem estaria descoberta, o que prejudicaria a punição do agente por lavagem de dinheiro, por omissão imprópria.

Por outro lado, ainda, a falta de um tipo penal específico para processar e punir o descumprimento dos deveres de *compliance* provoca consequências inoportunas. A exemplo disso, Barbosa (2010, p. 490), as varas federais especializadas em crimes econômicos e lavagem de dinheiro têm se socorrido dos tipos penais da lei de crimes contra o sistema financeiro para estimular os deveres de colaboração.

Em que pese não exista um dispositivo específico para proteger penalmente a infração às obrigações de *compliance* pelas instituições financeiras que desviem dos contornos do crime omissivo impróprio de lavagem de dinheiro, pode não ser a melhor saída valer-se das disposições da lei dos crimes contra o sistema financeiro, uma vez que os deveres de *compliance* não se reservam à tutela do sistema financeiro.

Numa análise mais aprofundada, a edição de um tipo penal específico revela-se desafiadora diante da recomendação da elaboração de um tipo penal de perigo abstrato para tutela dos interesses dos órgãos de inteligência financeira que fatalmente implicará na falta de alcance da norma incriminadora para imputação do agente por lavagem de dinheiro, por omissão imprópria. (TANGERINO, 2006, p. 159-192)

Cumprir advogar mais uma vez pela aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, visto que a criação de um novo tipo penal que cumpra a demanda pela tipicidade formal, por mais que abrigue a descrição detalhada da conduta que se procura proibir ou impor, bem como a individualização da pena, ambos bem delineados, poderia provocar um excesso de condenações criminais.

A Lei de Lavagem de Dinheiro, em seus arts. 10 e 11, estipulou sanções administrativas àquelas pessoas obrigadas que descumpram as obrigações de *compliance*. Neste aspecto, providências legais têm se revelado eficientes para conter a omissão das instituições financeiras na colaboração com o COAF, o que reforça o argumento sustentado de que o Direito Penal deve ser utilizado apenas quando necessário à solução dos conflitos sociais.

A crítica é feita no sentido de que aquiescer com inchaço do Direito Penal nesse caso pode equivaler com corroborar para a desvalorização da sua atuação, visto que estaria atuando em momentos que outros ramos do direito seriam capazes de elidir a conduta indesejada.

4.2 Norma penal incriminadora da lavagem de ativos na modalidade culposa

O elemento volitivo no crime de lavagem de dinheiro pode ser alcançado na modalidade culposa ou dolosa, mas neste ponto do estudo, debruça-se apenas à primeira modalidade, que consiste no desconhecimento do lavador de que os ativos recebidos eram fruto de delitos e que nas circunstâncias do caso concreto não pudesse cogitar a origem ilícita, segundo a jurisprudência do STF, na AP 470 (BRASIL, 2012).

A doutrina e os Tribunais Superiores têm interpretado a Lei 9.613/98 no sentido de que diante da ausência de previsão legal, a modalidade culposa deve permanecer sem punição (BRASIL, 2012).

Todavia, na prática forense e em alguns casos de grande repercussão, verifica-se a ampliação punitiva que autoriza a tipificação do delito de lavagem de dinheiro também na espécie do dolo eventual tem levado os aplicadores da norma a julgar uma conduta culposa como se fosse dolosa, com fundamento na teoria da cegueira deliberada, caracterizada pela prática de uma conduta negligente de lavagem, que seja duramente reprovada socialmente, (CABRAL, 2018).

É sabido que a existência de erros judiciários ou a necessidade do Judiciário de trazer resposta social à prática de um delito não constitui fundamento necessário à criação de tipos penais.

Em razão disso, no trajeto deste estudo, foi cogitada a sugestão da edição de dispositivo que tipifique o delito na modalidade culposa como forma de evitar os excessos punitivos gerados pela falta de previsão legal. Ou seja, elaboração de um tipo penal culposo que desse cabo aos desafios encontrados pelo judiciário quando da individualização das condutas e, que obstasse o uso desregrado do instituto do dolo eventual como fundamento para imputação da lavagem de dinheiro diante da flexibilização que o tipo penal na modalidade dolosa na prática vem sendo desvirtuada, e cuja tendência é que a ampliação do conceito seja ainda mais relativizada com o passar do tempo.

A tipificação da modalidade culposa seria uma forma de direcionar o tipo penal mais grave (modalidade dolosa) à atuação que proporcionalmente fizesse jus a uma penalização mais severa.

Por outro lado, deve-se considerar as críticas, inclusive, advindas de outros países em que há a referida previsão legal da modalidade culposa (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 328). É imperioso reconhecer que a imputação da lavagem de dinheiro na modalidade culposa

é exceção entre os países que compõem o GAFI, visto que a previsão legal das recomendações por ele emplacadas para a conduta criminosa, restringe-se essencialmente à modalidade dolosa.

Em verdade, ao acrescentar a modalidade culposa ao tipo penal, alastra-se o alcance do poder punitivo. O problema a ser enfrentado não é o incremento da forma culposa, pois o excesso punitivo reside na hipótese de imputação equivocada de um crime na modalidade dolosa ao indivíduo que agiu com culpa.

A inclusão da modalidade culposa não evita o excesso punitivo, uma vez que ele não decorre da ausência de previsão legal, mas da imputação inadequada da prática dolosa quando não houve dolo.

Cumprе acrescentar que, embora o dolo eventual e a culpa consciente sejam conceitos penais limítrofes, no caso concreto, há meios de apuração e verificação motora da prática do crime, o que revela, à luz da individualização das penas, desproporcionais à imputação de conduta mais grave.

Enfim, ao considerar as razões para a criação do novo tipo penal de lavagem de dinheiro culposa, verifica-se que a tendência em ampliar a punição pelo dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, revela-se uma saída perigosa para a ampliação de imputações injustas. Por outro lado, a criação de uma norma penal que abranja a modalidade culposa do delito de lavagem de capitais não se demonstra a via adequada, uma vez que não se revela eficaz no combate ao excesso punitivo, ao revés, amplia-se o leque de punição.

4.3 Atenuante específica: a contextualização e a necessidade da sua instituição

Em linhas gerais, depreende-se da norma e da doutrina que os crimes omissivos decorrem da violação de uma norma mandamental, enquanto os comissivos derivam da transgressão de uma norma proibitiva⁸ (JESCHECK, 2002, p. 648).

Boa parte dos autores compreendem da análise do preceito secundário da norma penal que os delitos comissivos importam numa maior reprovabilidade social da conduta, de modo que implicam numa maior restrição da liberdade do sujeito⁹ (FARIA COSTA, 1992, p. 392).

⁸ Para Jescheck as normas jurídicas são normas de proibição ou preceptivas. As primeiras proíbem uma ação determinada; a infração consiste na realização de uma norma proibida, enquanto que por meio das segundas, é ordenada uma ação concreta; a infração jurídica consiste na omissão desse fazer. “*Todos los delitos omissivos son infracciones de las normas preceptivas*”. (JESCHECK, 2002).

⁹ Como quer Faria Costa (1992): “Ninguém duvida, ou melhor, para uma quase totalidade da comunidade afigura-se líquido que, por exemplo, o homicídio levado a cabo por ação, se comparado com o perpetrado por omissão, deve ser mais fortemente punido. há no ‘facere’, um potencial, um transporte de energia e uma realização que se

Neste sentido, é possível identificar o porquê do reconhecimento de que o delito omissivo é menos grave do que o comissivo.

Munhoz Netto (1982, p. 8) entende que o juízo de censura pessoal, que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio é menor do que aquele que acomete um criminoso na modalidade comissiva, haja vista o desgaste energético para viabilizar a consumação do que aguardar o seu acontecimento, quando deveria impedi-lo¹⁰. Por este motivo, no que tange ao delito omissivo impróprio, o menor grau de reprovação sobre o autor do crime deve refletir na medida da pena.

Nesta esteira, o Código Penal Português, em seu art. 10 (FIGUEIREDO DIAS, 2007, apud CARDOSO 2013), e também o Código Penal Espanhol, estabeleceram causa facultativa de atenuação de pena para os crimes omissivos impróprios.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese não haja respectivamente uma cláusula expressa no mesmo sentido, é possível a aplicação das circunstâncias atenuantes inominadas previstas no art. 66 do Código Penal.

Não obstante a atenuante inominada arrolada no art. 66 do Código Penal seja direito subjetivo do réu, é exígua sua aplicação do ponto de vista jurisprudencial. Desta maneira, sugere-se, com intuito de viabilizar uma dosimetria da pena adequada, ainda que não seja criado o tipo penal de lavagem culposa, a introdução na Lei de Lavagem de Dinheiro de uma atenuante específica para o delito praticado por omissão imprópria.

Esta medida favoreceria a individualização da pena, dado que a atenuante balizaria a dosimetria para o cálculo mais próximo da realidade.

5. A visão dos tribunais sobre o *criminal compliance*

Os Tribunais têm abordado a responsabilização criminal do *compliance officer* em julgamentos importantes. O *leading case* alemão, a decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão, datada de 17 de julho de 2009 (BGH StR 5 394/08), embora não esteja relacionado aos delitos de lavagem de dinheiro ou corrupção, discute a questão do *compliance officer* como

cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o ‘omittere’ não pode beneficiar ou sequer reivindicar.”

¹⁰ “é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o produzir o resultado através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo”. Os crimes omissivos no Brasil. (Munhoz Netto, 1982)

garantidor em caso de ocorrência de crimes no interior da empresa. E nesta condição, é tutor da obrigação de proteção e vigilância do cumprimento da norma (SAAVEDRA, 2011).

Segundo o entendimento esposado na referida decisão, o *compliance officer* foi posto na posição de garante, tendo sido estipuladas as obrigações de prevenção de danos na empresa conforme esperado, mas também no sentido de evitar que danos ocorram a terceiros em razão de atos praticados pela empresa (PLANAS, Apud SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 319).

No Brasil, no julgamento do caso do mensalão (Ação Penal 470), em 2012, o Supremo Tribunal Federal, analogamente condenou três dirigentes do Banco Rural pela conduta omissiva da prática de crimes de evasão de divisas, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012).

Esse fato representou um dos maiores casos de corrupção política no governo brasileiro, com grande repercussão de forma negativa. De acordo com a fundamentação constante do acórdão, os réus eram os responsáveis pelo departamento de *compliance* da instituição financeira, e como tal, foram omissos no dever de prevenir a consumação de crimes, ou sabendo, deixaram de reportar aos órgãos competentes¹¹.

Esse importante precedente trouxe a atual compreensão jurisprudencial de que a maior parte dos casos de envolvimento de instituições financeiras nos processos de lavagem de dinheiro acontece na modalidade omissiva, seja pela participação de seus agentes da base da hierarquia funcional, do *compliance officer* ou de seus diretores¹².

¹¹ De acordo com a denúncia, e nos termos do acórdão que conta com vinte e cinco condenações e doze absolvições, o mensalão foi um grande esquema de financiamento ilegal de parlamentares em troca de apoio político ao governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). O núcleo financeiro do Mensalão (que também possuía um núcleo político e um núcleo operacional) na qualidade de garante do dever de evitar a ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro no ambiente da instituição financeira, de acordo com a posição assumida pelo STF, foi condenado pela omissão, *verbi gratia*: “Em que pese o esforço argumentativo da defesa, inclusive com novos memoriais, é muito claro nos autos, que a prática das várias operações de transferências e mútuos não seria possível senão com a deliberada e efetiva participação dos dirigentes do Banco Rural. A atuação da instituição financeira foi fundamental para a prática do delito. Basta, num simples exercício mental, suprimir na cadeia causal os atos atribuídos aos dirigentes do Banco Rural para se verificar que o crime imputado não se consumaria. E, como alhures exposto, os dirigentes tinham dever de evitar a prática criminosa (obrigação legal, garante) e, de fato, também eram os responsáveis pela área de combate à lavagem de dinheiro”. Trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no julgamento do Mensalão, fls. 55.24 a 55.025.

¹² Sob o ponto de vista dos defensores, no julgamento da Ação Penal 470, com relação à condenação de alguns réus por condutas omissivas, teria havido um desvirtuamento pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal da teoria do Domínio do Fato, de criação do doutrinador alemão Claus Roxin, para evitar a absolvição por faltas de provas. Desse modo, diante da hipótese de condenação baseada tão somente em razão do cargo ocupado por certos réus, teria ocorrido por parte do Supremo Tribunal Federal uma distorção das garantias processuais e penais previstas constitucionalmente.

Por outro lado, os crimes processados no mensalão estão na classe dos crimes próprios, logo não são delitos de domínio, mas de violação de dever, de modo que, na condição de Corte Suprema - eminentemente técnica, não deveria sequer ser sugerida a utilização desta teoria. (ROXIN, 2009, p. 89).

Neste sentido, o entendimento do próprio Roxin esposado em entrevista à Folha de São Paulo, quando esteve no Brasil, o Poder Judiciário não deve ficar ao lado do clamor da opinião pública, de maneira a se afastar do Direito ao prolatar suas decisões, especialmente no caso de condenações sem provas, com base apenas em indícios, como ocorreu no mensalão (GRILLO; MENCHEN, 2012). Sob o ponto de vista dos defensores, teria havido um desvirtuamento da teoria do Domínio do Fato, para evitar a absolvição por faltas de provas. Desse modo, diante da hipótese de condenação baseada tão somente em razão do cargo ocupado por certos réus, teria ocorrido por parte do Supremo Tribunal Federal uma distorção das garantias processuais e penais previstas constitucionalmente. (CANÁRIO, 2013)

A conduta consiste na omissão (deixar de fazer) quanto ao dever de fiscalizar ou de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro imposto pela lei¹³.

Tecnicamente todos os bancários submetem-se a esse dever legal, todavia, o *compliance officer* tem o dever de garantidor. Tem o encargo, inclusive, de identificar todos os colaboradores que se omitiram das suas obrigações legais, ou contribuíram para a execução do delito¹⁴.

Assim, diante da análise sobre o *compliance* como um sistema para prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro, a nova perspectiva por ele inaugurada no Brasil

¹³ Com relação à omissão destacamos do acórdão da Ação Penal 470 o seguinte trecho: “Em verdade, o julgamento expressamente refere-se aos réus que estruturam o núcleo financeiro como responsáveis pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica da instituição financeira”. Segundo a manifestação final da acusação, “as ações dos dirigentes do Banco Rural perpassaram por todas as etapas do esquema ilícito, desde a sua origem (financiamento), passando pela sua operacionalização (distribuição) e, ao final, garantindo a sua impunidade (não comunicação das operações suspeitas)” – Trecho do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no julgamento do Mensalão (BRASIL, 2013).

¹⁴ Neste aspecto, encontra-se no acórdão da Ação Penal 470 a seguinte menção: “A tese do réu quanto ao seu desconhecimento não merece ser acolhida, na medida em que o Banco Rural possui um sistema de controle e, inclusive, *uma área de compliance que indica consoante bem destacado pelo Sr. Carlos Godinho, a prática de operações suspeitas. Assim, o réu teve a informação disponibilizada pela área de compliance e, em associação com os demais réus do núcleo financeiro, conscientemente desconsiderou os riscos inerentes às operações, a fim de viabilizar a prática de ilícitos criminais.* Não há qualquer prova nos autos de que o réu José Roberto Salgado tenha na qualidade de Diretor ou mesmo de Vice-Presidente de Operações do Banco Rural *praticado qualquer conduta no sentido de fazer cessar as operações ilícitas perpetradas com a SMP&B.* A sua atuação na área de câmbio do Banco Rural não o eximia de responsabilidade quanto à renovação dos empréstimos fraudulentos”. (BRASIL, 2013, p. 2.270- 2.271)

tornou menos rígida imputação criminal, porquanto a mera exasperação das penas não significa a melhor forma para obstar a criminalidade organizada e transnacional.

Em outra perspectiva, tem-se observado que as implicações das determinações estabelecidas nas políticas de *compliance* transformaram-se numa ferramenta de prevenção e combate ao crime posta de maneira compulsória às instituições bancárias, visto que seu desatendimento provoca desfechos que podem diferir de sanções administrativas a condenações criminais.

6. Programas de *compliance*: verificação dos efeitos

A esta altura do estudo investigativo, a aferição da efetividade dos programas de *compliance* é uma incumbência desafiadora e complexa, senão impossível. Para elucidar, a Europa é um excelente exemplo, haja vista que está há mais de duas décadas no combate à lavagem de dinheiro. A despeito dos milhões de euros investidos pelas instituições bancárias privadas, segundo Verhage (2009, p. 124), não há precisão ao afirmar se as políticas de *compliance* são exitosas ou não.

A *priori*, o autor argumenta a ausência de ferramentas aptas a mensurar os efeitos dos programas de *compliance* no atual panorama econômico. Além do mais, não há estatísticas ou cálculos conclusivos acerca do volume de ativos que é introduzido informalmente na economia da União Europeia, e menos ainda se tem conhecimento acerca do montante de dinheiro que ingressa ilegalmente.

Em seguida, a outra razão constitui-se no desafio de estabelecer de maneira exata os objetivos buscados pelas políticas de *compliance*, considerando a presença do Estado e do setor privado agindo em função dos seus interesses.

Contudo, um meio de superar essa dificuldade traduz-se em socorrer-se de critérios indiretos¹⁵ (VERHAGE, 2009, p. 125). Neste sentido, com o intuito de tentar aferir os resultados das políticas de *compliance*, considera-se os números de relatórios de transações suspeitas dirigidos às autoridades competentes, o número de acusações por crimes de lavagem de dinheiro, e o número de confiscos de produtos de crime.

¹⁵ “In spite of a continuous global policy of anxiety on money laundering and the strains that are put on the private sector, the net law enforcement results seem rather low. In the end then, who is the actual “window dresser”... the financial sector or the authorities?”

Por mais que se utilize de critérios complementares para avaliar o impacto da lavagem de dinheiro na economia e a eficiência das políticas de *compliance*, ainda assim revelam-se inconclusivos os estudos, os cálculos e as estimativas em razão da complexa cadeia da ilegalidade dos crimes econômicos, bem como pelos motivos anteriormente citados.

Nos seus estudos, Blanco Cordero (2009, p. 127 a 134) ao investigar sobre a situação espanhola, sugere a utilização das estatísticas indiretas para alcançar uma noção aproximada dos benefícios auferidos pelos programas de *compliance* ao sistema antilavagem de dinheiro.

Verhage compartilha do mesmo entendimento ao asseverar que os resultados dessas políticas não podem ser calculados com precisão, por efeito das diferentes incógnitas qualitativas que devem ser analisadas (BLANCO CORDERO, 2009 p. 135).

No Brasil não existe um sistema unificado de dados sobre a lavagem de dinheiro, assim a Receita Federal, a Polícia Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, além de outros órgãos do Poder Público, dispõem de dados autônomos e setorializados o que torna ainda mais difícil avaliar os resultados da implementação do programa de *compliance* (BARROS; CONTE, 2006, p. 427).

Igualmente à União Europeia, no Brasil inexistem dados precisos acerca da efetividade das políticas de *compliance*, acrescenta-se que aqui a implementação dos deveres de governança corporativa encontra-se em fase incipiente, se comparados à Europa e aos EUA.

De toda sorte, o Relatório de atividades do COAF do ano de 2020 informa que foram produzidos e disseminados às autoridades competentes onze mil seiscientos e doze Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs). A base de dados do Coaf reúne mais de 26 milhões de comunicações de operações suspeitas e em espécie. Desse total, aproximadamente 6,2 milhões de comunicações foram recebidas somente em 2020, provenientes dos setores obrigados (COAF, 2020).

Vale a pena ressaltar que uma parte dos relatórios contendo informações financeiras é resultante da análise de comunicações recebidas dos setores obrigados, e a outra, de solicitações de intercâmbios de informações realizadas por autoridades nacionais e unidades de inteligência financeira de outros países.

Além disso, em cumprimento à Recomendação 34 do GAFI, o COAF vem suprindo os bancos de dados com informações sobre os resultados dos relatórios recebidos, com a finalidade de melhorar as medidas internas de combate à lavagem de dinheiro.

Assim, em que pese seja salutar compreender a relevância crescente das políticas antilavagem de dinheiro no cenário global, a ausência de uma demonstração acerca da efetividade destes programas em face dos custos das instituições financeiras para mantê-los, o seu desfazimento não se torna facultativo, haja vista que é obrigatória a condução das atividades das instituições financeiras serem pautadas nas premissas de um sistema de *compliance*.

Frente diante da autorregulação e da colaboração regulada/forçada das instituições financeiras com o Poder Público, na missão de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, verifica-se que o melhor modo de realizá-lo é convergir os interesses públicos e privados de maneira que os programas de *compliance* valham a pena e superem seus custos, configurando uma referência imensurável de segurança jurídica para as instituições financeiras.

Afinal, não restando frutíferos os resultados a uma instituição financeira, ela pode sofrer com as implicações das falhas em seus programas de *compliance*, refletindo-se: na perda de seu ativo financeiro; com o risco de sanções legais ou regulatórias; além de perda financeira ou de reputação.

O *compliance* não pode ser interpretado como uma operação automática de responsabilização jurídico-penal por omissão, nem causar temor aos cidadãos, nem representar a institucionalização de um indivíduo responsável no eventual envolvimento da instituição financeira em crimes de lavagem de dinheiro, uma vez que por mais que seja aceita a posição de garantidor do *compliance officer* a responsabilidade penal sempre deverá ser individualizada (BARKOW, BARKOW, 2011, p.).

7. Conclusão

O *compliance* examinado sobre o ângulo criminal deve ser tratado como *criminal compliance*, termo utilizado para dar forma a essa realidade de Direito Penal a qual o ente privado passou a ser inserido. Nesse sentido, significa a existência, por parte do ente privado, de um programa cuja principal finalidade é a conformidade com a legislação penal aplicável à sociedade empresária e a prevenção e combate aos delitos.

O *criminal compliance* representa uma “autorregulação regulada” na medida em que é visto como um compartilhamento de responsabilidades penais do ente público ao ente privado, em que este último passa a poder editar nos seus regramentos internos conteúdos de natureza fundada no Direito Penal. Todavia a liberdade do ente privado não é ilimitada à elaboração das regras internas, pois a lei impõe parâmetros para o setor privado no tocante à matéria.

A Lei Federal n. 9.613/1998 é o marco legal do surgimento do *compliance* no Brasil por inaugurar a previsão de instrumentos de *compliance* tipicamente penais.

O *criminal compliance* no Brasil descreve a necessária obediência às normas sobre prevenção e combate ao crime de lavagem, e impõe aos sujeitos legalmente obrigados, sob pena de sanções administrativas e criminais, a prevenção, a investigação e a comunicação às autoridades competentes dos delitos praticados em razão da atividade empresarial.

A atividade financeira passou a fazer parte da estratégia político-criminal para combate à internacionalização dos crimes de lavagem de dinheiro, e questões de natureza econômica passaram a ocupar um papel de destaque na justificação da intervenção penal sobre alguns crimes.

Introduzir na Lei de Lavagem de Dinheiro uma atenuante facultativa específica para o crime praticado por omissão imprópria colaboraria para uma justa dosimetria da pena.

Os programas de *compliance* são obrigatórios em algumas atividades empresariais, apesar da impossibilidade de ser comprovada sua efetividade em face dos custos que representam.

8. Referência

AUGUSTIN SANLLEHÍ, José R. Estrategias y limites en la prevención del delito dentro de la empresa: a proposito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP). **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. P; 8. Disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de *compliance***. Conceito Editorial. v. 2, 2010, p. 492.

BARKOW, Anthony S.; BARKOW, Rachel E. (Ed.). **Prosecutors in the Boardroom: Using criminal Law to regulate corporate conduct**. New York: New York University Press, 2011.

BARROS, Marco Antonio de; CONTE, Christiany Pergorari. **Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação**. Revista da EMESC, v. 13, n. 19, p. 427-457, 2006.

BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia Cristina. ***Criminal compliance* previne responsabilidade penal.** *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/criminal-compliance-previne-responsabilidade-penal-pessoa-juri-dica>>. Acesso em: 1º mar. 2021.

BLANCO CORDERO. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica.** Eguzkilore Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 23, p. 117-138, 2009.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras 2020. **COAF.** <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 15 mar 2021.

BRASIL. **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS LEI Nº 9.613, EM 18.12.1996 nº EM no 692 / MJ, de 18 de dezembro de 1996.** Projeto de lei que criminaliza a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade. [S. l.], 18 dez. 1996. <<https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/53#:~:text=Excelent%C3%ADssimo%20Senhor%20Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica,determinados%20crimes%20de%20e%20special%20gravidade>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal: AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS.** Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Revisor(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 17/12/2012. Publicação: 22/04/2013. p. 8.405. <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em 02 mar 2021.

Cabral sofre nova condenação e penas chegam a quase 198 anos de prisão. [S. l.], 3 dez. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/12/03/cabral-sofre-nova-condenacao-e-penas-chegam-a-197-anos-de-prisao.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.

CANÁRIO, Pedro. "**STF aplicou domínio do fato de forma grotesca**". [S. l.], 28 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>. Acesso em: 22 fev. 2021.

COCA VILA, Ivó. **¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?** In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y *compliance*: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação de Informação Legislativa, Brasília, ano 52, n.205, jan.-mar., 2015, p.88

FARIA COSTA, Jorge. **O perigo no direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**, 1992, p. 392

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal. Parte geral**. 1. ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. I. In: CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, apud CARDOSO 2013)

GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. Brasil: **Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista**. Folha de São Paulo, Rio de Janeiro, p. 00, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml>. Acesso em: 28 fev 2021.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1994, n. 8, p. 41-51.

HAUGH, Todd. **Cadillac compliance breakdown**. Stan. L. Rev. Online, v.69, 2016, p.199.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. corregida y ampliada.** Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais.** In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). *Temas de anticorrupção & compliance.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201.

MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: *Compliance* Programs, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales.** In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil.** *Revista de Direito Penal*, 1982, n. 33, p. 5-29.

NIETO MARTÍN, Adán. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa.** *Política Criminal*, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponible em: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.

PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. **La Intervención Delictiva del *Compliance Officer*.** In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 171-205. (PALERMO; BERMEJO apud KUHLEN; MONTIEL; URBINA GIMENO, 2013.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?** *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponible em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 mar 2021.

PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los *compliance officers*.** In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO,

Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica (em reformulação). v. 4, n. 3, p. 69-94, 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>> Acesso em 05 jul. 2019

RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Delinquency**. Clarendon Studies in Criminology. Published under the auspices of the Institute of Criminology, University of Cambridge; The Mannheim Centre, London School of Economics; and the Centre for Criminology, University of Oxford. First edition published in 2017. Oxford University Press: 2017, p.7

RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAAVEDRA, Giovani A. **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. 27. ROBLES PLANAS, Ricardo. **El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>)** ante el Derecho Penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. Diss. Universidade de São Paulo, 2016, p.16

SCANDELARI, Gustavo Britta. **As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem.** In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SCHRAMM, F. S. **O *Compliance* como Instrumento de Combate à Corrupção no Âmbito das Contratações Públicas.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2018. P. 317. < <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2311080>> Acesso em 20 jun 2019.

SIEBER, Ulrich. **Programas de *compliance* em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica.** In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) *El derecho penal económico en la era *compliance**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. **Responsabilidades individuales em estruturas de empresa: VARELA inuencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo.** In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). p. 265-286. *Criminalidad de empresa y *compliance*: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo Criminal. ***Criminal Compliance: Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro.*** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 15, v. 56, p. 293- 335, 2012.

SOUZA, Marcus V. S. Guimarães de. **O Direito como Ciência**. Disponível em: <https://valeriosaavedra.jusbrasil.com.br/noticias/2667165/o-direito-como-ciencia>. Acesso do em 27 fev 2021.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da ultima ratio e o direito penal disfuncional**. Revista Ultima Ratio. v. 1, n. 0, 2006. 159-192.

VERHAGE, Antoinette. **Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains**. *Journal of Money Laundering Control*, v. 12, n. 2, p. 113-133, 2009.

VIEIRA, Valter Afonso. **Incentivos Extracontratuais e Comportamentos Ex Post no Relacionamento entre Shopping e Lojista**. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 20, n. 4, p. 477-501, ago. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552016000400477&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 15 fev. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-7849rac2016150013>.