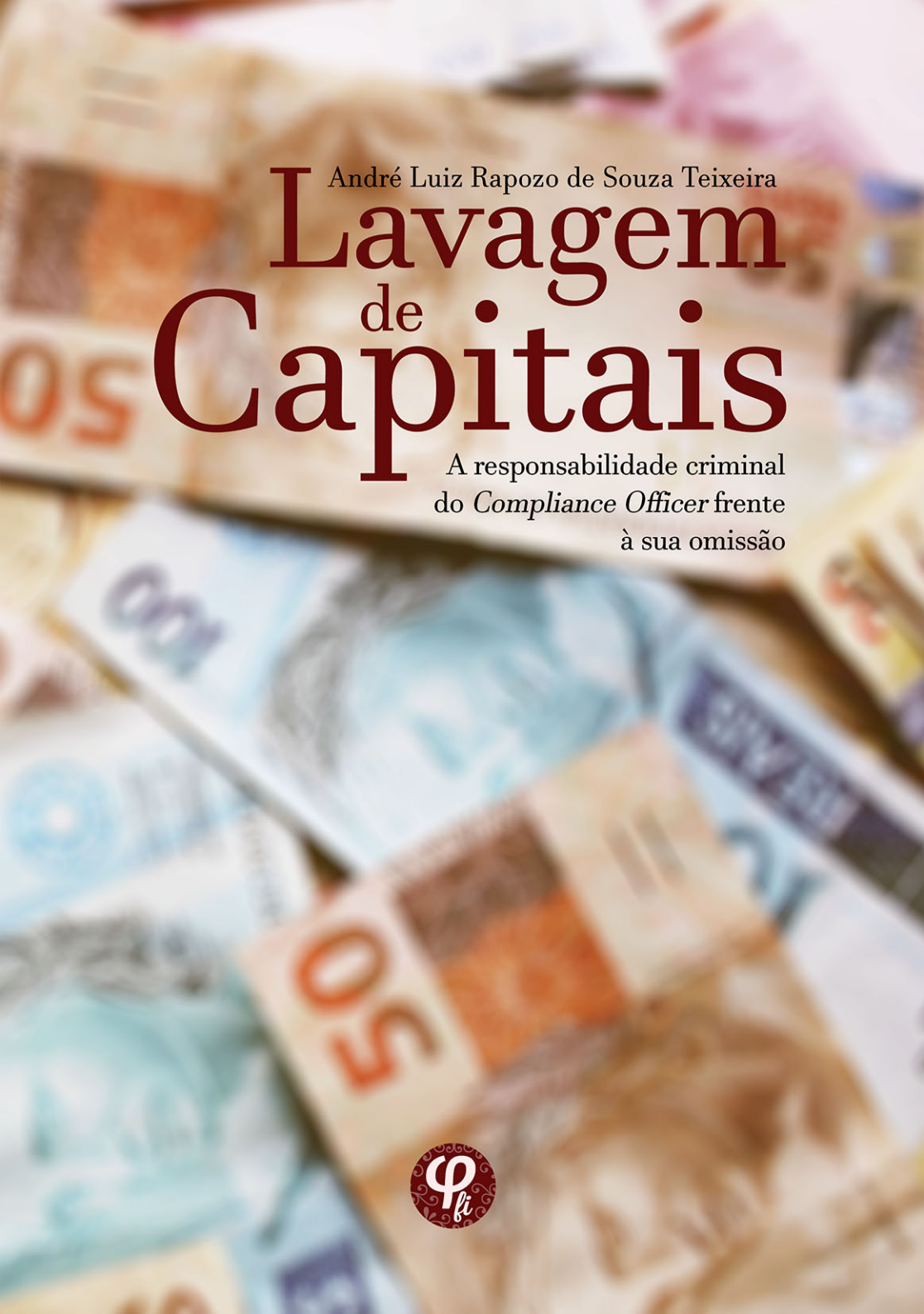

André Luiz Rapozo de Souza Teixeira

Lavagem de Capitais

A responsabilidade criminal do *Compliance Officer* frente à sua omissão

O presente livro se traduz em uma expansão e adaptação do estudo dissertativo realizado na Universidade Federal da Bahia. Ele é, em primeiro lugar, fruto dos esforços em descobrir como e de que forma é possível responsabilizar, se é que é possível, o Oficial de Conformidade ou *Compliance Officer*, pela sua omissão frente à Lavagem de Capitais.

André Rapozo Teixeira é mestre em Direito Penal Econômico Pela Universidade Federal da Bahia, especialista em Ciências Criminais e em Direito Público.

9 788556 964748

editora fi.org

CC BY SA

Lavagem de Capitais

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Gamil Föppel El Hireche
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof.ª Dr.ª Selma Pereira de Santana
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Dr. Eduardo Viana Portela Neves
Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC/BA

Lavagem de Capitais

A responsabilidade criminal do *Compliance Officer* frente à sua omissão

André Luiz Rapozo de Souza Teixeira

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza

Lavagem de capitais: a responsabilidade criminal do *Compliance Officer* frente à sua omissão [recurso eletrônico] / André Luiz Rapozo de Souza Teixeira -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

192 p.

ISBN - 978-85-5696-474-8

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito Penal Econômico; 2. Lavagem de Capitais; 3. Criminal Compliance; 4. Responsabilidade Criminal; 5. Omissão Imprópria; I. Föppel El Hireche, Gamil. II. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Agradecimentos

Inúmeros, e *sui generis*...

O meu completo respeito e reconhecimento ao Professor Doutor Gamil Föppel El Hireche, meu orientador, mestre, professor, exemplo profissional. Agradeço pelo conhecimento transmitido, franqueza e acompanhamento cuidadoso durante a pesquisa e redação do presente escrito científico.

Aos professores (as) do PPGD-UFBA, em especial aos Professores (as) Doutores (as) Selma Pereira de Santana, que tive e tenho verdadeiro orgulho de ser aluno; Sebástian Borges de Albuquerque Mello, que devo meu agradecimento pela honestidade e pelas sempre construtivas críticas; João Glicério de Oliveira Filho, por ter me apontado a luz metodológica e Júlio Cesar de Sá da Rocha, que tem minha franca admiração.

Ao professor Eduardo Viana Portela Neves, pela enorme contribuição científica ao livro que se expõe e pela transparente análise crítica ao texto original.

Aos meus grandes colegas do curso de Mestrado e de orientação, *Marcos Camilo da Silva Souza Rios, Ricardo do Espirito Santo Cardoso* e Pablo Domingues Ferreira de Castro, pelo convívio, pelo debate de ideias, pela troca de experiências e principalmente pela amizade e companheirismo.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da UFBA, com especial atenção ao PPGD.

Aos meus colegas da Assessoria Jurídica do Banco do Brasil, por todo apoio, paciência e colaboração durante as minhas constantes ausências pela elaboração deste escrito.

Aos que verdadeiramente tiveram o dom do entendimento, paciência e compreensão: dona Carla, minha mãe, motivo de continuar; minha amada tia Cíntia, que palavras não possuo, não desenvolveram para qualificar; meus avós Rapozo e Teixeira, pelos exemplos de vida e retidão; meu primo Leonardo, por sua participação verdadeiramente inenarrável; Juliana Batista Fernandes Pereira, pela inacreditável paciência e resiliência; meus amigos de todo o sempre: Marcus, Bráulio, Neto, Sandro, Mamau, Danilo, Edson, Pulú e todos que de algum modo fazem parte deste grande todo autopoiético.

O meu muito, e só meu, obrigado.

Lista de abreviaturas e siglas

ADPCP	Anuário de Derecho Penal y Ciências Penates (Madrid)
Ajuris	Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul
BACEN	Banco Central do Brasil
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemão, equivalente ao STJ)
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal
CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil
CICAD	Comissão Interamericana para o controle e abuso de drogas
COAF	Conselho de controle de atividade financeira
CPB	Código Penal Brasileiro
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Capitais
FAFT-GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
FCES	Foro Consultivo Econômico e Social
FCP	Fascículos de Ciências Penais (Porto Alegre)
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FMI	Fundo Monetário Internacional
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDPEE	Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu
IOSCO	Organização Internacional das Comissões de Valores
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização do Estados Americanos
SOX	Lei norte-americana Sarbanes-Oxley (mecanismos de *Compliance*)
StGB	Strafgesezetzbuch (Código Penal Alemão)
StPO	Strafprozebordnug (Código de Processo Penal Alemão)
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UIF	Unidades de Inteligência Financeira

Sumário

Apresentação 13

1 15
Introdução

2 21
Direito penal econômico: lavagem de capitais, *Compliance*, desafios modernos e criminalização

2.1 Limitações ao direito de punir: fenomenologia das condutas antissociais abrangidas pelo direito penal econômico 22

2.2 Lavagem de capitais: o risco como seu fundamento 29

2.2.1 Alvejamento de Capitais, prevenção e Compliance 39

2.3 Normatização internacional e suas relações com a realidade brasileira: limites do estado e deveres de *Compliance* no combate à lavagem de capitais 41

2.3.1 Convenções internacionais: Viena, Palermo e Mérida 43

2.3.2 União Europeia: a prevenção de condutas omissivas 48

2.3.3 Comitê de Supervisão Bancária de Basileia 52

2.3.4 A Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários 54

2.3.5 A Lei de Lavagem sob a interpretação da Suprema Corte Norte Americana 55

2.4 Lavagem de capitais e o direito penal do risco: da dialética sobre o bem jurídico tutelado à necessidade de sua proteção 59

2.4.1 Protege o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente? 63

2.4.2 A Administração da Justiça como bem jurídico tutelado? 66

2.4.3 A ordem Social e Econômica 68

3 73
A omissão imprópria na conjuntura da lei 9.613/1998: elementos, tipologia aberta e sobrecriminalização

3.1 Tipologia aberta do (art. 1º da lei 9.613/1998): a demasiada tipicidade de condutas previstas 74

3.2 Crimes omissivos 79

3.2.1 A relevância de uma acertada distinção entre ação e omissão para se aferir responsabilidade criminal 80

3.2.2 Tipos omissivos próprios e impróprios: a não observâcia de uma conduta esperada e a violação de impedir o resultado 89

3.2.3 Sobrecriminalização e inflação dos delitos omissivos como tentativa de resolução da problemática da autoria no Direito Penal Econômico 96

3.3 Omissão imprópria e tipicidade: o dever de garante como elemento fulcral do tipo 101

3.3.1 Teoria da posição de garante: relação entre sujeito e resultado 106

3.3.2 Elemento da omissão impura 120

4 127
A lavagem de capitais na dogmática da omissão imprópria: a responsabilidade criminal do *Compliance Officer*

4.1 Regras quanto às responsabilidades pessoais: o garantidor e o seu papel 130

4.1.1 Deveres positivos, negativos e omissões do garantidor 134

4.1.2 A omissão do dever de cuidado 136

4.1.3 Elemento subjetivo do tipo: teoria do delito e o crime de Lavagem de Capitais 141

4.2 A figura do oficial de conformidade e sua função empresarial 143

4.2.1 Garantidores próprios e impróprios: o que cabe ao *Compliance Officer* 147

4.2.2 Requisitos de responsabilização: delegação, retenção e liberação de responsabilidades, poderes e competências 150

4.2.3 A imputação subjetiva 152

4.2.4 Deveres: objetivo de cuidado e o agir para evitar o resultado 153

4.3 Responsabilidade criminal do *Compliance Officer*, autor ou partícipe 157

4.3.1 A imputação pela omissão imprópria 159

4.3.2 A dogmática brasileira 162

4.3.3 A Lavagem de Capitais pela via da omissão imprópria 163

5 169
Considerações finais

Referências 177

Apresentação

O livro que o leitor agora tem em mão corresponde, à dissertação de mestrado que apresentei e defendi junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no último dia 13 de agosto de 2018, ante a banca composta pelo meu orientador, o Professor Gamil Föppel El Hireche, Doutor em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco; pela Professora Selma Pereira de Santana, Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal; e, finalmente pelo Professor Eduardo Viana Portela Neves, este Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro que, por unanimidade, concederam a aprovação do texto e de sua respectiva defesa.

As alterações implementadas no texto original decorreram, essencialmente, das cirúrgicas observações e críticas de cada um daqueles professores, aos querendo os meus mais sinceros agradecimentos.

1

Introdução

O presente livro, vinculado à pesquisa da Constituição, Estado e Direitos Fundamentais, versando sobre a tutela penal da ordem econômica, centra-se na análise da omissão imprópria no cerne do crime de Lavagem de Capitais, em compasso com a lacuna da responsabilidade criminal do *Compliance Officer*, destacando que um eventual não agir, só será um relevante penal se o Oficial de Conformidade figurar como garantidor delegado.

Em decorrência da época vivenciada, a pesquisa tem seu foco na modernidade, na existência de uma sociedade de riscos que, com o nascedouro de novos bens jurídicos, fez emergir o Direito Penal Econômico.

Ademais, em uma modernidade líquida, as transformações sociais, econômicas e tecnológicas experimentadas pelo mundo nas últimas décadas vêm influenciando o sistema criminal, máxime nos tempos de uma sociedade de risco. Essa sociedade apresenta-se essencialmente insegura, em razão dos novos riscos percebidos. As ditas realidades ensejam o surgimento da novel modalidade criminosa, a de caráter supraindividual, como a econômica, a qual não se amolda ao Direito Penal clássico, que possui predominante caráter individual.

Outrossim, a criminalidade moderna, dentre assinalados aspectos, caracteriza-se pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e estratégia global. Como não poderia ser diferente, as estruturas e conceitos tradicionais do Direto Penal são contestados

frente a essa nova visão de sistema penal, por razões do perfil do novo criminoso e do bem jurídico afetado, de notável envergadura supraindividual.

Portanto, as complexidades das relações desenvolvidas na sociedade contemporânea arrebatam a pujança de pesquisas jurídicas realizadas de maneira não multidisciplinar, voltadas à simplificação do fenômeno do Direito Penal. Esta é a situação dos estudos realizados em matéria de criminalização de condutas praticadas no desenvolvimento de atividades econômicas. A análise da criminalização de comportamentos inerentes à atividade econômica necessita do exame de seus reflexos, assim como o estudo do regramento legal destas atividades não pode ser realizado, sem o julgamento de normas de cunho criminal.

Ante o exposto, o presente texto científico tem, como objeto fundamental, a análise do instituto da omissão imprópria na contextualização do *Criminal Compliance*. O seu motivo provém da necessidade de adaptação do exercício empresarial ao conjunto de normas penais que regem a dita atividade econômica, especialmente aquelas mais suscetíveis de encontro com a criminalidade econômica transnacional que tem, na lavagem de capitais, seu principal exemplo e reflexo.

Tem-se o crime em análise como parasitário, uma engenharia humana com desígnio de tentar dar uma aparência lícita ao objeto delituoso antecedente, utilizando, predominantemente em seu *modos operandi*, o sistema financeiro para o seu fim, qual seja, reinserir a pecúnia, elemento da atividade deletéria, novamente em circulação. Nesse liame, coloca-se em evidência a responsabilidade criminal dos *Compliance Officers*.

Nessa conjuntura, sobre os deveres de cuidado e os riscos juridicamente aceitos dentro de um sistema de prevenção e combate à lavagem de capitais, no limiar da atuação do Oficial de *Compliance*, questiona-se sobre a existência de responsabilidade criminal frente à omissão do referido agente.

A questão a ser investigada versa sobre o grau de responsabilidade que pode ser atribuído ao *Compliance Officer*. Atribuição de responsabilidade criminal esta, por omissão imprópria na contextualização da Lei de Lavagem de Capitais, seja a título de autoria ou participação. Para tanto, inicialmente, entende-se que a sua atuação deva ser a de garantidor delegado da efetivação dos programas de integridade penal-empresarial no combate ao ilícito em testilha.

Sobre tal objeto, propõem-se dois importantes recortes: em primeiro lugar, busca-se, a partir do reconhecimento da necessidade da tutela penal em relação ao Alvejamento de Capitais, dimensionar o âmbito de atuação do Direito Penal. Em um segundo momento, direciona-se a análise para uma atividade econômica específica, qual seja, a atividade empresarial-financeira. Perquire-se, portanto, acerca da possibilidade e em qual perspectiva ocorrerá a responsabilização criminal do referido agente pelo descumprimento dos deveres de *Compliance,* ou como entendemos, deveres de observância às regulações jurídicas, estabelecidas pela Lei 9.613/1998.

Para tanto, parte-se da premissa de que a violação aos deveres de *Compliance* possui relevância jurídica somente quando a omissão do agente, com dever de atuar, possa ser considerada como direcionada à ocultação ou à dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação ou propriedade de bens, direitos e valores, provenientes direta ou indiretamente de infração penal. Nesta linha de entendimento, tem-se que o denominado vínculo de garantia ou obrigação de atuar de modo esperado deve ter um caráter jurídico. As hipóteses de seu reconhecimento, para além da previsão legal (critério formal adotado pelo Código Penal Brasileiro), não prescindem de uma fundamentação material que legitime desvalorar esse omitir.

Inicia-se o estudo pela verificação do contexto em que criminalizada a Lavagem de Capitais, momento em que houve a opção política pelo estabelecimento, ao lado das medidas de

repressão ao crime em comento, de normativas legais atinentes à prevenção desse delito, entre as quais estão as obrigações de *Compliance*. A partir da descrição contida no tipo previsto no artigo 1º, § 2º, II, da Lei 9.613/1998, dispositivo que, em tese, possibilita a responsabilização criminal dos agentes empresariais, econômicos e financeiros pelo descumprimento dos deveres de observância a regulações legais, direciona-se o texto para a omissão imprópria como técnica de imputação possível. Cogita-se da utilização da responsabilidade por omissão para a punição de determinados sujeitos cuja atividade laborativa diária pode ser instrumento para a consecução do delito de Lavagem de Capitais.

Percebe-se que, em relação aos delitos econômicos, a omissão tornou-se a técnica de imputação penal crescentemente utilizada, pois, os tipos se estruturam muito frequentemente como tipos fortemente normatizados, em particular, como leis penais em branco ou com tipos elementares de valoração global dos fatos, a saber, elementos de infração de dever como integrantes da realização do tipo doloso em um contexto de ampla normatização.

Em sendo o crime omissivo impróprio uma forma específica de delito, cuja premissa é a de que o agente tenha um dever jurídico de vigilância e controle em relação aos riscos de atingimento do resultado, no caso, a consecução da Lavagem de Capitais, examinam-se os requisitos para que se possa atribuir a condição de garante a um sujeito interveniente. São analisados, portanto, os critérios propostos, tanto pela dogmática penal, como pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 13, § 2º.

Estabelecida, como referência, a circunstância de que a transgressão volitiva do dever jurídico de evitar o resultado torna o ato omissivo penalmente relevante, tão somente, quando a omissão do agente tenha promovido ou auxiliado na consecução do resultado, no caso, a consecução da Lavagem de Capitais, o questionamento passa a recair sobre o grau de intervenção que deve ser atribuído a esse sujeito omitente, autoria ou participação.

Devendo, para perfazer a qualificação de garantidor, possuir um efetivo controle das relações no âmbito da instituição em que atua, sendo imprescindível a existência de sua capacidade para controlar ou evitar ações possivelmente típicas.

Em decorrência lógica, a responsabilidade por omissão imprópria por crime de Lavagem de Capitais em âmbito empresarial e financeiro, somente se personificará, se indubitavelmente houver omissão e resultado, devendo ter, o agora garantidor delegado, na hipótese de preencher os requisitos anteriormente elencados, a capacidade e a possibilidade de agir na certeza de que sua ação teria evitado o resultado delituoso.

Em síntese, para que haja imputação penal ao *Compliance Officer,* ele (a) deve figurar como garantidor delegado, necessita ter efetivo controle das relações sobre sua égide, possuir capacidade para controlar ou evitar o dano e ainda dispor da real possibilidade de agir evitando o resultado capitulado como crime alvejante.

Do exposto, frente a metodologia utilizada para uma melhor compreensão, partiremos da premissa de que nossos órgãos sensoriais podem nos enganar, empregaremos para tanto, o método cartesiano, que foi a fonte principal metodológica da pesquisa, consistindo no ceticismo metodológico, pois, só podemos dizer que existe aquilo que possa ser comprovado.

Outrossim, o método descritivo-analítico foi o utilizado para a realização do estudo, com uma abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema. Os procedimentos técnicos empregados para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinária valendo-se de livros e textos de autores referenciados, tanto nacionais como estrangeiros. Ainda no que se refere ao enquadramento bibliográfico, utilizou-se da fundamentação dos autores sobre determinado assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico.

A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e a jurisprudência que nos informam os conceitos de ordem dogmática.

Posto o escorço preambular, os capítulos para exame do precípuo desígnio do estudo, se desenvolverão no linear seguimento: 1) será contextualizado o sistema brasileiro de prevenção à Lavagem de Capitais, localizando-o dentro de um cenário internacional de seu combate e, em razão disso, delineia-se o objeto de tutela da norma penal brasileira: a Lei 9.613/1998; 2) examina-se a tipicidade nos delitos omissivos impróprios, bem como os critérios para o reconhecimento do vínculo de garantia, analisando-se os fundamentos da responsabilização penal do garantidor; 3) aborda-se o dever de cuidado e as regras quanto a responsabilidade criminal de pessoas, especialmente a do *Compliance Officer* frente a Lei 9.613/1998 na dogmática da omissão imprópria.

2

Direito penal econômico: lavagem de capitais, *Compliance*, desafios modernos e criminalização

Anote-se, incialmente, antes da realização de uma análise deste tópico, que "o Direito Penal é um exercício de poder, de potestade, poder que só pode ser aplicado de forma racional se houver uma determinada finalidade e, sobretudo, quando há limitações ao Direito de punir"[1]. O estudo do Direito Penal, e no presente recorte, do Direito Penal Econômico[2], que pode ser entendido como uma "das formas de criminalidade organizada, que opera internacionalmente e constitue claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)"[3], pressupõe a análise das suas funções e limites, o que será objetivado a frente.

---

[1] EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestações do Direito Penal do Inimigo**. 2005. 263 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. p. 51.

[2] Para Silva Sánchez, o Direito Penal Econômico constitui-se em um desafio para um modelo clássico de delito calcado no homicídio. Dentre um dos elementos que justificam tal assertiva, o referido autor aponta o caráter patrimonial-econômico das relações que constituem seu objeto de proteção, destacando que, "ao abordar amplos aspectos da atividade empresarial, o Direito Penal se introduz em contextos de grande densidade regulatória extrapenal [...], o que gera uma acessoriedade, mais forte ou mais débil, frente ao Direito Público ou Privado, que se manifesta na conformação de tipos penais abertos (leis penais em branco, elementos normativos de conteúdo jurídico, em especial elementos de valoração global do fato)" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoria del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 99, p. 327-356, nov/dez 2012. p. 329).

[3] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

Adota-se, no presente escrito, o conceito de Direito Penal Econômico elaborado pelos doutrinadores espanhóis Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, qual seja, "o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, vista essa como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços"[4].

Considera-se que o Direito Penal Econômico integra do que se convencionou chamar de Direito Penal Secundário, definido por Jorge de Figueiredo Dias como "um conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contêm, em sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo"[5].

2.1 Limitações ao direito de punir: fenomenologia das condutas antissociais abrangidas pelo direito penal econômico

Os crimes, no âmbito econômico, apresentam-se pelos tipos que provocam lesões na ordem econômica, seja por meio da sonegação, fraude, alvejamento de capitais e outros de mesma espécie. Mister ressaltar que o Direito Penal, que tem como característica o socorro "ao ordenamento jurídico nas situações mais graves. Isto é, das ações mais violentas dirigidas aos bens jurídicos mais caros à uma sociedade historicamente localizada"[6].

O Direito Penal, conforme mencionado por Klaus Tiedemann, tem por missão atuar de forma secundária e acessória na ordem

[4] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001. p. 13-14.

[5] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. In: D"AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Org). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 13-69.).

[6] Heloisa Estellita, **Tipicidade no direito penal Econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 725, 1996. p. 407.

econômica, sendo modelo delimitador e de efetivação da atividade econômica[7].

Esta área resta intrinsecamente ligada com o desenvolvimento das relações de consumo e desenvolvimento tecnológico, sendo o segundo, fator de perpetuação e disseminação. O conceito de crimes contra a ordem econômica encontra grande dificuldade de concretização, logo, o mesmo trata de tema que engloba interesses singulares e ambiciosos, que são norteados pelo modelo econômico atual.

No viés de atuação e regulação do Estado na ordem econômica:

> A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica8.

Ao tratarmos de matéria que envolve ordem econômica, temos de levar em consideração que uma conceituação rígida se torna um obstáculo, haja vista as inúmeras incógnitas presentes nas atividades econômicas. Neste sentido, Pimentel conceitua, com propriedade, o tema:

> O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto de proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral,

---

[7] TIEDEMANN, Klaus. **Poder econômico y delito**: introducción AL derecho penal econômico y de la empresa. Barcelona: Ariel. 1985. p. 21.

[8] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 764.

> a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido[9].

A regulamentação da atividade econômica não se caracteriza por ser autônoma, tendo vista que age em mutualismo aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, nesta senda, em uma economia capitalista:

> A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do teto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. [...] A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa[10].

Raul Machado Horta complementa, descrevendo que o Direito Penal Econômico é "o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes"[11].

Interpretando sobre o tema explicitado, temos que o conceito do Direito Penal Econômico não é rígido, sendo formado por normas que defendem o sistema econômico nacional, que tal sistema penal age com mutualismo frente aos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, que seus preceitos estão na formação de uma sociedade livre, com justiça e solidariedade.

---

[9] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 20.

[10] HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 301.

[11] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal...**, p. 10.

O Direito Penal Econômico é um meio de controle estatal sobre a desenvoltura da atividade econômica, tal controle não se caracteriza pela limitação ou intervenção direta do Estado sobre a economia, mas, para a regulamentação da ordem econômica e financeira, sendo este meio para desenvolvimento de uma "Sociedade livre, justa e solidária"[12].

Segundo o texto de 1982 e ainda atual da doutrina de Juarez Cirino dos Santos[13], o que se pode chamar de Direito Penal Econômico brasileiro se concentra em leis especiais e em algumas disposições do Código Penal: a) os crimes contra a economia popular; b) falimentares; c) societários; d) contra a propriedade imaterial; e e) sonegação fiscal.

Para Juarez Cirino dos Santos, essa seria a matéria objeto de análise constitutiva dos limites jurídicos do Direito Penal Econômico: "os valores protegidos situam-se no âmbito da economia do povo, das relações intra e inter empresas e destas com seus credores, e, finalmente, das relações tributárias".[14]

Na abrangência da economia popular, os valores protegidos seriam o patrimônio do consumidor, o sistema de livre concorrência da economia capitalista e, complementarmente, a liberdade do consumidor. O patrimônio do consumidor é protegido pela incriminação de práticas antissociais nas áreas das relações comerciais, das relações econômicas e das relações financeiras: no primeiro caso, as fraudes em relação aos preços, pesos e medidas, mercadorias e contratos comerciais; no segundo caso, a manutenção ou elevação monopolista de preços, as fraudes no mercado imobiliário, na gestão temerária de empresas financeiras, seguradoras, caixas e cooperativas etc; no último caso, as práticas usurárias.

---

[12] HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995,p. 301.

[13]CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. ***Revista de Direito Penal e Criminologia***, Rio de Janeiro, nº 33, jan./jun., 1982.

[14]*Idem, ibidem.*, p. 197.

Protege-se a economia por intermédio de normas incriminadoras de práticas antissociais e impeditivas da livre concorrência, mediante convênios, subpreço, controle de várias empresas do mesmo ramo etc. A liberdade do consumidor é protegida pela incriminação da recusa de venda ou de serviço.

Na esfera das relações internas das empresas, o principal valor objeto de proteção é o patrimônio dos interessados, contra fraudes na constituição daquelas, ou de seus diretores e gerentes.

Já no limiar das relações entre as empresas, o valor protegido é a propriedade imaterial, contra a concorrência desleal, fraudes na propaganda e violações de privilégios de invenção e ou inovação, de patentes, modelos, marcas e sinais.

Na relação entre as empresas e seus credores, o objeto principal de proteção é o patrimônio destes, contra imprudência/incompetência e a fraude no controle/gestão da atividade econômico-negocial, antes (devedor) e durante (devedor, credores, síndico e protagonistas judiciais do processo falimentar) a falência.

O que sobressai, considerando os partidários ou não da intervenção penal na ordem econômica, é que não existe um único bem jurídico protegido pelo direito penal econômico[15], mas, múltiplos bens tutelados, e isso acarreta sérios desvirtuamentos à dogmática penal. A variedade de bens jurídicos protegidos pode ocasionar problemas para uma dogmática de viés garantista[16].

No abordar das relações tributárias, o objeto focal de proteção é o patrimônio do Estado, contra fraudes em declarações, informações, registros contábeis, dedução de tributos, etc.

Juarez Cirino dos Santos explana que o rol de valores protegidos pelas normas legais do Direito Penal Econômico pode ser assim delimitado: a) patrimônio: do consumidor; dos interessados /

---

[15]Ver o tópico: **2.4 LAVAGEM DE CAPITAIS E O DIREITO PENAL DO RISCO: DA DIALÉTICA SOBRE O BEM JURÍDICO TUTELADO À NECESSIDADE DE SUA PROTEÇÃO.** p. 48.

[16]EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Recife, 2011. p. 66.

sócios de sociedades por ações; da coletividade investidora, imaterial das empresas e dos credores destas, b) os fundamentos econômicos do sistema de livre empresa[17].

Esse conteúdo axiológico do Direito Penal Econômico, como definido nas formas legais vigentes: setor especial do Direito Penal que tem por objetivo a proteção do patrimônio do consumidor, o interessado/sócio em sociedade por ações, do investidor, do participante no sistema de livre empresa, dos credores desses participantes, da população e do Estado, pela incriminação de práticas fraudulentas, monopolísticas e imprevidentes.

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal Econômico brasileiro tem por objeto as práticas fraudulentas, imprudentes, monopolísticas e omissas, desde que lesivas ao patrimônio da coletividade, nas dimensões do consumo, dos investimentos, da participação no sistema de livre empresa, bem como de certa medida voltado a credibilidade/operacionalidade/funcionalidade desse sistema e dos recursos para sua garantia e reprodução pelo Estado.

Sobre o até agora exposto, essa parece ser a definição legal mais geral do Direito Penal Econômico, erigida sobre a base dos interesses protegidos pelas formas legais vigentes.

Ao falar-se sobre os princípios do Direito Penal Econômico pressupõe que este é regido pelo princípio da legalidade, estando subordinado ao critério da tipicidade, como a descrição legal do comportamento criminoso, mas a estrutura interna do tipo de conduta proibida põe o problema não resolvido dos elementos subjetivos, pela insuficiência dos conceitos tradicionais de dolo e de culpa em relação à criminalidade econômica-empresarial.

A criminalidade econômica-empresarial, produto menos do comportamento individual e mais de uma atividade complexa, mediante intrincadas formas de interação entre sujeitos em diferentes níveis hierárquicos e de poder, requer mudanças essenciais nas categorias científicas ou metodológicas do Direito

[17]CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. ***Revista de Direito...,*** p. 197-201.

Penal, como a intenção, a negligência, a autoria, a tentativa, a antijuridicidade e a sua exclusão, a culpabilidade[18] e suas ausências, o mesmo acontecendo na área da prova criminal, com ampliação de seus limites para a verificação judicial de práticas sofisticadas, inacessíveis à pesquisa pelo seu modo peculiar de execução, sem falar nos privilégios de classe, mais imunidades processuais e desigualdades na aplicação da Lei penal.

A corroborar com o exposto, Gamil Föppel:

> [...] o bem jurídico tratado no direito penal econômico não faz, certamente, parte da proteção jurídico penal tradicional. Não se cuida, mais, de vida, patrimônio, honra, liberdade sexual, fé pública. Trata-se, já agora, de desenvolvimento saudável do sistema financeiro (como ocorre na lei 7492/1986); de resguardar os ativos da ordem tributária (como, por exemplo, na lei 8137/90); proteger a economia de ativos ilícitos, maculados pelo fato de terem sido objeto de crime (lavagem de dinheiro, tipificada na lei 9613/98). Por conta disso, estes novos bens jurídicos reclamam nova proteção, que não é alcançável pela tipicidade comum. Criam-se, pois, tipos penais abertos, repletos de norma penal em branco e de elementos normativos, o que representa um divórcio da norma penal em relação a outro atributo da legalidade: a taxatividade[19].

De igual modo, a questão das consequências penais: o revigoramento das penas pecuniárias, a apreensão de lucros ilegais, a prisão de empresários nas condutas dolosas ou danos sérios a bens jurídicos protegidos, a ampliação das hipóteses de interdições, de perda/suspensão de direitos e de extinções de empresas ou corporações[20].

---

[18] Para Cláudio Brandão "Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso, diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime [...]. Diz-se que a culpabilidade é um juízo derivado" (BRANDÃO. Cláudio. **Teoria Jurídica do** Crime. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.132.).

[19] EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Recife, 2011. p. 62.

[20]CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. ***Revista de Direito Penal e Criminologia***, Rio de Janeiro, nº 33, jan./jun., 1982. p. 117.

O professor Juarez Cirino dos Santos constata que o Direito Penal Econômico integra o Direito Penal, mas como um segmento diferenciado, com características próprias, subordinando-se às categorias científicas do Direito Penal, mas exigindo mediações adaptativas dessas categorias à especificidade da natureza econômica e política daquele. Ainda segundo Juarez Cirino dos Santos, a direção, os limites e o significado dessa mediação adaptativa é assunto que, a nível científico e prático, só poderá ser resolvido pelo exame sistemático da fenomenologia das condutas antissociais abrangidas, definição legal, ou abrangíveis, definição criminológica, pelo Direito Penal Econômico[21].

2.2 Lavagem de capitais: o risco como seu fundamento

A globalização[22] da economia mundial implicou em um agravar na crise dos Estados. A soberania estatal começou um processo de enfraquecimento, "ameaçada por crescentes problemas enfrentados para regular, de forma eficaz, suas economias"[23]. Da produção, agora em nível global, originou-se "um sistema financeiro global não controlado por nenhum Banco Central"[24] e que opera, diuturnamente, com um volume incalculável de dólares, euros, libras etc.

Essa forma globalizada de mercado financeiro pode reduzir, de forma considerável, a capacidade de controle inerente ao Estado,

---

[21] *Idem, ibidem.*, p. 117.

[22] Para fins desse trabalho, utiliza-se o conceito do cientista social Octávio Ianni: "A globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial; um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações que assinala a emergência da sociedade global como totalidade abrangente, complexa e contraditória" (IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 1997. p. 7).

[23] CORSI, Francisco Luiz. A Globalização e a crise dos Estados Nacionais. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. **Desafios da Globalização**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 102-108, p.104.

[24] *Idem, ibidem.*, p. 102-108.

tanto sobre a economia, como em relação às políticas a ela correlatas, elevando ou não o grau de instabilidade do sistema financeiro em nível pleno. Embora as constantes modificações nas relações sociais e políticas, além do destacável dinamismo econômico, não sejam um fenômeno específico da vida moderna, nos tempos atuais, elas oportunizam, dentre outras tantas possibilidades a serem consideradas, a rupturas e o surgimento de novas formas de comportamentos perigosos, que representam assim novos riscos para esta ou aquela sociedade, independente do signo social e econômico que adotem.

Está-se, pois, diante de uma novel realidade, o risco[25], ou, nos termos cunhados por Ulrich Beck, a "Sociedade do Risco"[26]. Para André Callegari, "esses riscos, de procedência humana, são indeterminados espacial (globalização) e temporalmente"[27], vez que derivam "de decisões tomadas em um âmbito industrial ou técnico-econômico"[28].

Frente aos esboços colocados por uma contínua mudança das estruturas socioeconômicas, e partindo da premissa de que "o aparato jurídico muda a uma velocidade muito menor do que a da sociedade [...], talvez esteja explicada a sensação de insuficiência do Direito ante às exigências do nosso tempo"[29]. Nessa perspectiva,

---

[25] Nas palavras de Ulrich Beck, "risco significa a antecipação da catástrofe" (BECK, Ulrich.**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed.Tradução de Sebastão Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23).

[26] Explica Beck que "Sociedade de Risco, termo datado de 1986, reflete uma época da sociedade moderna, que não só abandona as formas de vida tradicionais, mas que também está descontente com as consequências indiretas do êxito da modernização: inseguranças e perigos apenas imagináveis, que nos afetam a todos e, em relação, aos quais ninguém pode nos assegurar" (BECK, Ulrich.**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed.Tradução de Sebastão Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25).

[27] CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de Risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís (Orgs). **Direito Penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 19.

[28] *Idem, ibidem.*, p. 17.

[29] CALDERA, Alejandro Serrano. **Razón, derecho y poder:** reflexiones sobre la democracia y la política. Manágua: Hispamer, 2004. p. 57.

mostra-se relevante o debate acerca do espaço de legitimidade do Direito[30] em um tempo de aceleramento social e econômico.

Como particularidade expressiva, no momento histórico atual, percebe-se a existência de uma "sensação geral de insegurança"[31] frente à esses novos riscos, cuja prevenção é inerente à condição e dever de Estado[32]. Pierpaolo Bottini observa que:

> O paradoxo do risco se reflete na atividade de conhecimento dos riscos, na determinação do grau de risco permitido e nas decisões de como tratar as atividades arriscadas [...]; sendo as decisões neste terreno sempre interessadas e ideológicas[33].

Como é cediço, para que seja preservada a "ordem econômica"[34] de um país, faz-se necessário que o seu modo de operação prestigie um funcionamento regular, atento à licitude dos bens e dos capitais que circulam na economia. Consoante Heleno Fragoso, "o Direito Econômico é o direito da economia dirigida"[35]. Nesse contexto de mercados globais, o aprimoramento dos meios tecnológicos tonou-se um elemento propulsor da eficiência dos

---

[30] Adota-se o conceito de Direito que o reconhece como "a instância exterior que garante aos homens a possibilidade de desenvolverem suas relações em um determinado contexto" (DUROZOI, Gerárd; ROUSSEL, André. **Dicionário de Filosofia.** 2. ed. Traduzido por Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996. p. 139).

[31] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**.** Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

[32] BECK, Ulrich.**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed.Tradução de Sebastão Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 29.

[33] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54.

[34] Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a ordem econômica, considerada como "o conjunto de normas definidoras, de forma institucional, de um determinado modo de produção econômica", define, claramente, opção pelo sistema capitalista, porquanto "há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas [...] que poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se ademais, a instrumentá-las" (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica).** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 72 e 323).

[35] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982. p. 122-129.

sistemas econômico, empresarial e financeiro, ao permitir a plena circulação do capital, oportunizando que essas facilidades sejam utilizadas, inclusive, para a prática de delitos.

Nos dizeres de Silva Sánchez, nas sociedades de risco, "é na determinação de qual o risco permitido - por oposição ao risco tipicamente desaprovado - que reside a decisão central"[36]. Nessa perspectiva, a tutela[37] penal econômica, precedida da intervenção do Estado na Economia, abrange delitos financeiros, a Lavagem de Capitais e capitulações de natureza fiscal[38].

Esses tipos penais acham-se constituídos de muitos elementos normativos[39], situação está que demanda um reforço no debate relativo à exigência de uma delimitação criteriosa das hipóteses de criminalização de atos considerados lesivos à ordem econômica.

A partir daí, impõe-se, como critério delimitador da elaboração de tipos penais, a necessidade de preservar bens jurídico-

---

[36] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoria del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 2012. n. 99, p. 336.

[37] Para Alejandro Caldera, "diante da separação entre o econômico e o jurídico, faz parecer que o direito não é necessário para regular os processos da economia, como se o ato ou os atos econômicos existissem à margem das regras que regem a sociedade. A restauração da relação entre o econômico e o jurídico é um aspecto fundamental para procurar, ainda que seja, uma mínima unidade na sociedade, sendo imprescindível para estabelecer regras do jogo claras, direitos e deveres específicos e garantias necessárias entre os interlocutores e os atores da atividade econômica" (CALDERA, Alejandro Serrano. **Razón, derecho y poder: reflexiones sobre la democracia y la política**. Manágua: Hispamer, 2004, p. 65).

[38] Adota-se o conceito de Direito Penal Econômico elaborado pelos doutrinadores espanhóis Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, qual seja, "o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, vista essa como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços" (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001. p. 13-14). Considera-se que o Direito Penal Econômico integra do que se convencionou chamar de Direito Penal Secundário, definido por Jorge de Figueiredo Dias como "um conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contêm, em sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. In: D"AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Org). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 13-69.).

[39] Na lição de Luiz Luisi, elementos normativos são aqueles que "para cuja compreensão o intérprete não pode se limitar a conhecer, isto é, a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve realizar uma atividade valorativa" (LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 57).

penais individuais ou coletivos, porém fundamentais e atingidos pelas condutas mais gravosas[40]. Como definição de bem jurídico-penal, adota-se aquela que o concebe como "todo o valor digno e necessitado de tutela penal"[41].

A criminalidade transnacional, de acordo com Faria Costa, deve ser percebida sob a seguinte ótica:

> Não como exaltação de uma visão conspirativa da história da sociedade, mas antes como uma decorrência da própria ideia de globalização, como uma atuação racional de homens que agindo, se bem que, no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhe propicia[42].

Frente a todos os desafios modernos, Fabio D'Avila aponta as crescentes "dificuldades da ciência jurídico-penal [...] em reconhecer adequadamente, os novos problemas que lhe são apresentados e, quando efetivamente necessário, formular respostas penais minimamente ajustadas"[43]. Alinha-se a esse entendimento Raquel Scalcon, que ressalta a necessidade de se questionar "se os princípios e categorias penais serão capazes de,

---

[40] Embora seja objeto de tópico a ser desenvolvido mais adiante, vale, desde já, fazer referência à adoção da concepção de que "o direito penal é instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal...**, p. 27). Vale acrescer, ainda, que, segundo SCHÜNEMANN, essa ideia de proteção de bens jurídicos pode ser usada não apenas como crítica, mas como legitimação de tipos controvertidos. (SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25-56, p 55.).

[41] SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245-280.

[42] FARIA COSTA, José de. O fenômeno da Globalização e o direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 34, p. 9-25, abr./jun. 2001. p. 16-17.

[43] D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 64, p. 78-98, jan/fev 2007. p. 83.

conquanto emergidos dessa Cultura desacreditada, superar a própria historicidade e, assim, se manter íntegros"[44].

Se demonstra importante, frente ao que se passou denominar "nova criminalidade", o questionamento acerca dos critérios e das modalidades de imputação de um fato criminoso. Na formulação de Gimbernat Ordeig:

> [...] cabe à dogmática penal averiguar o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que entre em jogo o tipo penal, o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impunível e começa o punível; e torna possível, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, subtraindo-o da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação[45].

No desígnio de se arquitetar ou de se redefinir categorias no âmbito da dogmática jurídico-penal, não se prescinde da prévia compreensão do crime como norma de proibição e da pena como reação aos comportamentos proibidos e derradeiramente como "realidades históricas, que mudam e se redimensionam dentro da própria história"[46], de acordo com o contexto social e com o modelo de Estado em vigor, com constantes modificações do conteúdo do dever ser humano.

Em um contexto em que "a velocidade e fluidez que caracterizaram a criminalidade econômica tornam maiores os desafios e dificuldades para enfrentá-la"[47], exigindo uma leitura atenta sobre o modo de atuação do Direito Penal, o delito de

---

[44] SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena:** modelos opostos de fundamentação do direito penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013. p. 44.

[45] ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal:** tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? 1. ed. brasileira. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 37.

[46] FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 19-20.

[47] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.37.

Lavagem de Capitais[48] tem sua condição de possibilidade consideravelmente ampliada, pois a capacidade das organizações criminosas fazerem uso de suas economias ou investimentos frequentemente por meio das instituições financeiras, inevitavelmente demanda a realização de operações de Lavagem de Capital. O inevitável caráter transnacional da economia facilita a transformação de bens e valores de origem ilícita, para algo aparentemente lícito a ser inserido, posteriormente, na economia[49].

A criminalidade de colarinho branco, ou de colarinho duro, rotulada e etiquetada por Edwin H. Sutherland, tem características criminológicas próprias, que demonstram a existência de uma associação diferencial, é dizer que o crime é absorvido, compreendido pelo meio em que o sujeito vive. Assim, os criminosos de classes menos abastadas financeiramente, praticavam crimes mais próximos da sua realidade, como o roubo. Já os que tinham acesso à melhores condições financeiras, praticavam a sonegação fiscal, por exemplo.

---

[48] "O termo lavagem de dinheiro" foi empregado inicialmente pelas autoridades norte americanas para descrever o método usado pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem dos recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas" (BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.33). Citam-se outras denominações: *blanqueo de capitales* (direito espanhol), *money laundering* (direito inglês), *branqueamento de capitais* (direito português), *lavado de dinero* (direito argentino) e *blanchiment de l'argent* (direito francês). Acerca da denominação adotada pelo Brasil, explicita a Exposição de Motivos da lei brasileira que "a expressão lavagem de dinheiro já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, a denominação "branqueamento", além de não estar inserida no contexto da língua formal ou coloquial em nosso país, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões" (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. ***Lavagem de dinheiro:* a tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33).

[49] "A lavagem de dinheiro passou a ser objeto de maior atenção da comunidade internacional no final dos anos 80 do século XX, quando se percebeu que a força e a capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, em especial daquele voltado para o tráfico de drogas. O desenvolvimento dos grupos criminosos nesse setor impôs uma mudança de perspectiva político-criminal. A organização empresarial da empreitada delitiva transformou as quadrilhas em ordens estruturadas, hierarquizadas e globalizadas, imunes aos atos repressivos tradicionais. [...] Notou-se que o dinheiro é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo confisco dos valores que mantém operante sua estrutura" (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22).

Foi por intemédio da teoria da Associação Diferencial, que Edwin H. Sutherland iniciou um período no objeto de estudo da criminologia, o foco da pesquisa passa, pela primeira vez aos indivíduos pertencentes às camadas sociais mais altas[50]. Em seu escrito, ele define o conceito de crime:

> A característica essencial de um crime é que ele é um comportamento proibido pelo Estado, como uma ofensa ao próprio Estado e contra o qual este reage, pelo menos como último recurso, com a pena. Os dois critérios abstratos geralmente levantados pelos cientistas como elementos necessários na definição de crime são: descrição legal de um ato socialmente danoso e previsão legal de uma pena para tal ato[51].

Um dos conceitos mais apropriados à Lavagem de Capitais, a define como "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando a procedência, se integram ao sistema econômico e financeiro"[52]. As técnicas utilizadas para o alvejamento de ativos têm, por alicerce, condutas elementares dentro da atividade financeira, tais como a abertura de contas bancárias, intercâmbio mercantis e empresarias, transferências eletrônicas de fundos e operações com divisas[53].

Entre as implicações causadas pela Lavagem de Capitais sobre os múltiplos setores da economia, a literatura jurídica tem apontado, com destaque, a afronta à credibilidade do sistema financeiro e ao princípio da "livre concorrência", pois é sabido que, caso algum

---

[50] VIANA, Eduardo. **Atualidade de EDWIN H. SUTHERLAND**, In: Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.), p. 45-64, Brasília, 2011, p. 55

[51] SUTHERLAND, Edwin H., **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução Clécio Lemos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 85.

[52] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds). **Política criminal y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 21-26.

[53] D''Albora D''ALBORA, Francisco J. **Lavado de dinero**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. p. 14.

competidor não respeite as normas e obtenha recursos de modo ilícito, seus custos são sensivelmente inferiores aos dos demais adversários. Tal atitude provoca um "falseamento do mercado"[54]. A esse respeito, Blanco Cordero pontua que:

> O potencial perigoso dos capitais ilícitos para a economia se observa na lesão de um dos princípios sobre os quais aquela se assenta: a livre concorrência. [...] A incidência sobre o mesmo terá um reflexo imediato sobre outros princípios inspiradores da ordem econômica vigente, como a estabilidade e a solidez do sistema financeiro. Sua afetação tem um caráter secundário em relação ao bem jurídico diretamente lesionado, que é o acesso à economia em igualdade de condições[55].

Outra consequência macroeconômica que pode ser mencionada é o fato de que a efetivação de operações financeiras ilegais não incentiva as legais, maculando, assim, o regime de mercado.

Em face da magnitude deste fenômeno contemporâneo, a criminalização da Lavagem de Capitais pretende impedir a fruição do "dinheiro sujo", estabelecendo-se "um meio dissuasório do delito principal, já que se o delinquente não puder se beneficiar do produto de seu delito, o cometimento deste careceria de sentido"[56]. Dentre os modos de "dissuadir" a prática do delito, além da cooperação entre países, insere-se a colaboração privada exigida dos indivíduos que atuem em setores de atividade econômica, com aptidão para propiciar e facilitar o cometimento da Lavagem de Capitais, ou, até mesmo, dificultar a apuração da prática delituosa.

---

[54] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales: prevención e represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria.** Barcelona: Bosch, 2009, p. 47.

[55] BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Arazandi, 2012. p. 226-227.

[56] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales: prevención e represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria.** Barcelona: Bosch, 2009, p. 33-34.

Assim, como mais uma ferramenta de prevenção ao crime em exame, faz-se uso da possibilidade de atribuir apontados deveres especiais, tidos como deveres de *Compliance*[57] a determinadas pessoas, com o desígnio de ampliar a detecção de tentativas do uso do sistema econômico, financeiro e empresarial para a realização do tipo da Lavagem de Capitais.

Posta à contínua mudança do modus operandi do tipo em análise, verifica-se que "o Estado, diagnosticando certas atividades como sensíveis à ocorrência do delito, praticamente transforma empresas e profissionais em verdadeiros colaboradores com os órgãos de persecução"[58]. Essa opção política pela imposição de uma "tarefa colaborativa" ao setor privado é justificada por Nuno Brandão sob o seguinte argumento:

> Em um momento em que as operações de branqueamento adquirem formas cada vez mais complexas e são levadas a cabo de um modo cada vez mais rápido e difuso, são aqueles a quem os branqueadores recorrem para realizar as suas operações é que estão em melhor posição para detectar essas atividades, em virtude, por um lado, da imediação do contato que entre eles se estabelece e, por outro lado, da sua especial preparação técnica[59].

Seguindo as diretrizes da legislação internacional, no ordenamento jurídico brasileiro, existe a previsão de ações colaborativas por parte do setor privado no combate à Lavagem de Capitais, "haja vista, inclusive, as dificuldades de investigação pelas autoridades públicas, a complexidade dos atos delitivos e a existência de esferas de sigilo que impedem a identificação dos

---

[57] *Compliance* origina-se do termo inglês *to comply* que, em tradução livre, pode ser entendido como programa de comprometimento ou sistema de comprometimento, expressões que serão também utilizadas no decorrer do presente escrito.

[58] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 250, set. 2013. p. 3.

[59] BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**. Coimbra Editora, 2002. p. 31.

suspeitos"[60]. Lança-se mão da normatização de determinadas condutas a serem exigidas de certos protagonistas sociais, profissionais de áreas "comumente usadas pelos agentes de mascaramento de bens de origem ilícita (bancos, corretores, contadores etc.) [...], pois atuam ou tem acesso a caminhos ou trilhas pelos quais corre o capital oriundo de infração penal"[61]. Como exemplo mais emblemático, as atividades das instituições financeiras e de seus colaboradores[62], será um dos padrões utilizados no estudo.

2.2.1 Alvejamento de Capitais, prevenção e Compliance

A expressão Lavagem de Capitais não é unanime para definir o fenômeno ora estudado. No continente europeu, especialmente em Portugal e na Espanha, é comum a atilização da expressão "branqueamento de capitais", já na Itália, a terminologia comum é a "reciclagem de capitais".

No presente texto, elegeu-se as nomenclaturas "Lavagem de Capitais" e "Alvejamento de Capitais", a primeira por ser a fiel tradução da expressão inglesa "*Money laundering"*, a segunda por demostrar o intuito do crime estudado, qual seja, retirar as manchas da sua origem deletéria e permitir a sua utilização. Em complemento, destaca-se, que a expressão "Lavagem de Dinheiro",

---

[60] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 250, set. 2013, p. 3.

[61] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

[62] Traz-se o conceito de instituição financeira dado pela Lei nº 7.492/86: "Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários [...]" (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm >Acesso em: 02 fev. 2018).

pela sua diminuída abrangência frente ao elemento social estudado, não será utilizada.

Em complemento ao raciocínio, a expressão *Compliance*, que como dito, vem da língua inglesa, pode ser traduzida como cumprimento e conformidade[63]. Trata-se de conceito relacional, que diz respeito à conformidade com algo ou estar em conformidade. Na autorregulação regulada, esta conformidade é relacionada à organização empresarial interna para a observância das regras do Ordenamento Jurídico a que a pessoa jurídica está sujeita. Em Direito Penal Econômico, o *Compliance* busca prevenir a ocorrência de riscos aos bens protegidos por esse ramo do conhecimento jurídico.

Ainda no que tange o *Compliance* e a prevenção ao Alvejamento de Capitais, necessários são os escritos de Beatriz Goena e Jorge Navarro:

> Con anterioridad a la promulgación de la Ley 9613/1998 de prevención del blanqueo, Brasil ya poseía reglas comunes de buena gobierno empresarial, equiparables a los programas de cumplimiento o *Compliance* programs, previstas en disposiciones normativas provenientes de autoridades federales (BACEN, INSS, CVM, etc.) u órganos del Gobierno. Ahora bien, la Ley 9613/98 consagró específicamente determinadas obligaciones de *Compliance* en materia de prevención del Blanqueo de capitales. En concreto, se instauró el deber del agente financiero de una empresa de impedir el resultado de blanqueo, así como la obligación de las personas enumeradas en los artículos 9 a 11 de la referida Ley, de prestar informaciones a las autoridades financieras y comunicar operaciones sospechosas al COAF. Estos deberes de *Compliance* apelan a la adopción de comportamientos preventivos que evidencien buenas reglas de gobernanza corporativa empresarial tales como la buena gestión económico-financiera, la actuación preventiva con fin de evitar ilícitos por intermedio de la empresa y en su seno, así como la facilitación de

[63] Ver nota 57.

> los métodos de control y relación en el Mercado y con sus socios (conocidos universalmente como «Know Your Client»)[64].

Assim, com desígnio de contextualizar os termos em que se colocam os limites e as possibilidades dos deveres de prevenção impostos aos profissionais que atuam dentro do sistema empresarial e financeiro, obrigações direcionadas ao combate à Lavagem de Capitais e ao Compliance, passa-se ao exame do regramento internacional acerca da temática.

2.3 Normatização internacional e suas relações com a realidade brasileira: limites do estado e deveres de *Compliance* no combate à lavagem de capitais

Em princípio, a guerra internacional à Lavagem de Capitais possui as mesmas peculiaridades aferidas ao Direito Penal de um determinado Estado. Ao lutar contra o crime alvejante, sempre se buscou, via de regra, combater esta ou aquela classe econômica e ou política. Comumente, a busca sempre foi voltada aos inimigos de um dado sistema vigente.

Demonstra-se, neste tópico, que o surgimento da normatização a respeito do crime de Lavagem de Capitais está vinculado ao desenvolvimento cultural. Frente às diferenças de orientação e cultura, bem como ao notório multiculturalismo, existem inúmeros modos de intervenção, e assim, diversos modelos de intervenção na ordem econômica de um dado Estado ou bloco econômico.

Assim, considerando o crime alvejante como um fenômeno global e não restrito, os Estados buscaram uma harmonização de suas normas atinentes à Lavagem de Capitais. Frente ao recorte do

[64] GOENA, Beatriz; NAVARRO, Jorge. Blanqueo de capitales y responsabilidade penal de las personas jurídicas. Perspectivas brasileña y espanola**.** In: PEDROSO, Fernando; Hernandes, Luiz (Org). **Direito Penal Econômico: Temas essenciais para a compreensão da macrociminalidade atual**. Salvador: Ed. Juspodivim, 2017, p. 158-159.

estudo em testilha, analisar-se-á o conjunto normativo de maior relevância ao seu propósito.

No contexto internacional da prevenção à lavagem de capitais, temos como um dos marcos inaugurais a política internacional estabelecida nos Estados Unidos da América denominada *follow the Money,* que teve suas diretrizes disseminadas para outros Estados soberanos. De tal modo, no ano de 1990 foi publicado um documento contendo quarenta recomendações do (FAFT-GAFI)[65] e, em momento posterior ao fatídico ataque às torres gêmeas nos EUA, houve a criação e incorporação de mais nove recomendações[66]. Assim, o documento máximo do FAFT-GAFI traz 49 recomendações sobre a prevenção e combate à Lavagem de Capitais.

Destaca-se, que uma das primeiras iniciativas[67] no sentido do combate à Lavagem de Capitais foi a Recomendação R (80) do Conselho da Europa[68] que foi adotada pelo seu Comitê de Ministros em junho de 1980. Versava a recomendação sobre a transferência e encobrimento de pecúnia de origem criminosa. Tem-se, como o início da busca e prevenção à Lavagem de Capitais as recomendações em tela, apesar da sua carência de conteúdo normativo, foi ela que inspirou outros Estados a seguirem o trilho do combate e prevenção às tentativas de ocultar capital de origem ilícita[69].

---

[65] ***Financial Action Task Force***, significando em português: Grupo de Ação Financeira Internacional.

[66]Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pldft/publicacoes/as_recomendacoes_metodologia.pdf> Acesso em: 20 jan. 2018.

[67] A primeira legislação nacional que criminalizou a lavagem de capitais foi a italiana no ano de 1978.

[68] COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation no. R (80) 10**. Estrasburgo, 1980. Disponível em: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet. Acesso em: 20 jan. 2018.

[69] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales:** prevención e represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria**.** Barcelona: Bosch, 2009, p. 66.

Da análise do seu conteúdo, verifica-se que ela incentivou os Estados-Partes[70] no contexto nacional e internacional, a demandarem das instituições empresarias e financeiras a identificação dos seus clientes em movimentações financeiras com o objetivo de aferir confiabilidade e segurança jurídica nas operações que envolvessem transações de valor elevado e transferências entre instituições financeiras.

2.3.1 Convenções internacionais: Viena, Palermo e Mérida

Mesmo não se tratando do primeiro documento internacional[71] que discute a Lavagem de Capitais, foi com a Convenção de Viena de 20 de dezembro de 1988[72] que foi estabelecido a definição, caracterização e a imposição aos Estados-Partes, da criação das primeiras Leis voltadas à prevenção e combate à Lavagem de capitais.

Naquele panorama internacional, a criminalização tinha como objetivo inibir o tráfico de drogas, entretanto, não foi possível ao Direito Penal suplantá-lo. Como alternativa, os Estados buscaram a punição das suas consequências[73]. A convenção de Viena, em seu art. 3º[74], dá diretrizes sobre a criminalização da transferência ou conversão de bens objeto de crime, a ocultação da procedência ou natureza do mesmo e da participação no cometimento do delito, além de apresentar definições como a de produtos e bens.

---

[70] O termo refere-se aos Estados que se comprometem a respeitar, observar e cumprir as obrigações estabelecidas nos tratados e convenções em que sejam signatários.

[71] Além da recomendação do Conselho da Europa, cita-se a *Money Laudering Act Control* do ano de 1986 nos EUA. (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. ***Lavagem de dinheiro**: a* tipicidade do crime antecedente**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43-48).

[72] Referendada pelo Brasil através do Decreto 154 de 26.06.1991. (BRASIL. Presidência da República. **Decreto 154, de 26.06.1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 20 jan. 2018).

[73] PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 24, p. 209-222, out./dez. 1998. p. 211.

[74] BRASIL. Presidência da República. **Decreto 154 de 26.06.1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

Nesta conjuntura, em 1989, por iniciativa do G-7, e visando a garantir a efetivação dos preceitos inaugurados com a Convenção de Viena, no âmbito da Organização para a Cooperação e o desenvolvimento Econômico (OCDE)[75], foi criado o grupo de trabalho (FAFT-GAFI) cujo objetivo foi "desenvolver e promover políticas públicas internacionais para o combate à lavagem de dinheiro"[76].

Tanto o FMI quanto o Banco Mundial reconhecem as já citadas recomendações do (FAFT-GAFI) como padrões internacionais diretivos na repressão e prevenção da Lavagem de Capitais e ao financiamento do terrorismo. Com fins de que as respectivas recomendações sejam plenamente observadas, o GAFI utiliza-se de dois sistemas de avaliação: a auto avaliação e a avaliação mútua[77].

Uma das principais políticas de coordenação é a criação de Unidades de Inteligência Financeira (UIF) a quem incube "a coordenação doméstica a respeito do desenvolvimento e implantação de políticas e atividades de combate à lavagem de

[75] Os países-membros trabalham de modo conjunto para o estabelecimento de normas-padrão de transparência no intercâmbio de informações. (LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales...**, p.333).

[76] CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da discriminação e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 153.

[77] As avaliações promovidas pelo Grupo têm por finalidade examinar o cumprimento dos países membros frente às suas 40+9 Recomendações, e o Brasil, membro pleno do GAFI/FATF, assumiu o compromisso de submeter-se ao processo periódico de avaliação mútua; a primeira delas foi realizada em 2000 e a segunda, em 2004. Entre 27 de outubro e 6 de novembro de 2009 foi realizada no Brasil uma importante etapa do processo da nova avaliação: uma visita da equipe de especialistas, cujo objetivo consiste em conhecer detalhadamente as medidas tomadas pelo Brasil para o enfrentamento da questão da lavagem de capitais e do financiamento do terrorismo, ressaltando os progressos observados desde a última avaliação e a efetividade de tais medidas, focando as atenções, principalmente, nos resultados alcançados nesse aspecto, bem como identificando vulnerabilidades estruturais do sistema brasileiro. BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Processo de Avaliação do Brasil pelo GAFI/FATF conta com a coordenação do COAF**. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/processo-de-avaliacao-do-brasil-pelo-gafi-fatf-conta-com-coordenacao-do-coaf> Acesso em: 20 jan. 2018.

dinheiro, financiamento do terrorismo e da proliferação de armas"[78].

No ano de 2003, o Brasil, por meio da iniciativa do Ministério da Justiça, instituiu a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Capitais (ENCCLA), que "consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministério Público e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro"[79].

Com alicerce nas Recomendações do GAFI, a doutrina passou a perfilhar uma gama de atos que foram subdivididos em etapas, denominadas "fases da Lavagem de Capitais", a saber: a ocultação/conversão/introdução ou *placement*, que "consiste no escamoteamento de ativos ilícitos, utilizando-se o sistema financeiro e o sistema geral da economia para encobrir a sua natureza, localização fonte e propriedade"[80], em sequência, tem-se a dissimulação/cobertura/transformação ou *layering*, na qual se busca "tornar mais difícil e complicada a descoberta dos bens mediante realização de múltiplas transações que irão dificultar o descobrimento de suas origens"[81], pois o capital ilicitamente obtido já contava com a aparência de legalidade que se pretendia que tivesse. Importante destacar que não há uma ordem preestabelecida para a ocorrência das fases elencadas, podendo ocorrer de maneira simultânea ou encadeada.

Os países-membros do Conselho da Europa firmaram um tratado multilateral, em 8 de novembro de 1990, denominado e conhecido como o "Convênio de Estrasburgo"[82]. A ampliação do rol

---

[78] BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Legislação e norma**. Brasília, fev. 2012. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacap-e-normas>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[79] BRASIL. Ministério da Justiça. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/enccla> Acesso em: 20 jan. 2018.

[80] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.49.

[81] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

[82] Se faz necessário o destaque de que o Estado brasileiro não assinou o tratado de Estrasburgo.

de crimes ensejadores da Lavagem de Capitais se deu com este instrumento internacional, constituindo que o produto de qualquer outro crime além do tráfico[83] poderia estabelecer a persecução penal pelo crime alvejante, trazendo uma nova definição do que seria o crime antecedente.

O presente documento possui muitas semelhanças com a Convenção de Viena de 1988, porém, ressalta-se que é mais conciso e melhor desenvolvido no que diz respeito à cooperação internacional[84]. De modo expansionista, foi prevista, inclusive, a possibilidade da punição da Lavagem de Capitais na forma culposa, por imprudência[85], prevendo todas as fases de uma persecução penal: da investigação pré-processual até a determinação e aplicação da sanção penal[86].

Nos mesmos padrões, deu-se a Assembleia Geral da OEA de 1992 que aprovou o Regulamento-Modelo sobre delitos de lavagem, relacionado com o tráfico ilícito de drogas e delitos conexos, elaborados pela Comissão Interamericana para o controle e abuso de drogas (CICAD), documento este que também toma, como referência expressa, a Convenção de Viena de 1988. O Brasil, no ano de 1994, durante a reunião da Cúpula das Américas, realizada em Miami, firmou um plano para ratificar a Convenção de Viena e sancionar como um crime autônomo, a ocultação de rendimentos derivados de todos os tipos penais considerados graves[87].

---

[83] COUNCIL OF EUROPE. **Convênio de Estrasburgo**. Estrasburgo, 1990. Disponível em: < http://conventions.coe.int/treaty/treaties/Html/141.htm > Acesso em: 20 jan. 2018.

[84] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales: prevención e represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria.** Barcelona: Bosch, 2009, p. 79-80.

[85] COUNCIL OF EUROPE. **Convênio de Estrasburgo**. Estrasburgo, 1990. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/treaties/Html/141.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

[86] CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da discriminação e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 146.

[87] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51-52.

Como verificado, posta a intenção inicial de combate ao tráfico de drogas, as conhecidas legislações de primeira geração[88], por via de instrumentos de *hard law* e *soft law*[89], os mecanismos de Direito Penal Internacional ampliaram o alcance de incriminação para outras ações delituosas antecedentes à Lavagem de Capitais para além do tráfico de drogas, desde que aferissem lucro, especialmente quando cometidas por organizações criminosas, modificações estas que influenciaram a criação das doravante denominadas "legislações de segunda e terceira gerações".

Destarte, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de Palermo, que surgiu em 2000, trouxe a proposta de previsão de um rol mais amplo de crimes que possibilitem a futura Lavagem de Capitais, estabelecendo inclusive a necessidade de regulação e controle de determinadas atividades por parte de instituições financeiras. De modo que, em seu art. 7º impõe a necessidade por parte da instituição financeira de criar mecanismos de controle interno com objetivo de identificar registros de operações suspeitas vinculadas a grupos criminosos, a lavagem de capitais, a corrupção, a obstrução da justiça e a demais fatos típicos com caráter transacional e sejam praticados por organizações criminosas[90].

A convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como "Convenção de Mérida", foi ratificada e promulgada pelo Brasil e tem como umas das suas finalidades "promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica

---

[88] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

[89] Blanco Cordeiro destaca o papel fundamental do chamado *soft law* no processo de harmonização das legislações sobre Lavagem de Capitais, pois estas disposições, ainda que careçam de eficácia normativa vinculante, contribuem para o desenvolvimento de regras internacionais, critérios e princípios que, com o passar do tempo, podem se converter em *hard law*. (BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Arazandi, 2012, p. 178).

[90] BRASIL, Presidência da República. **Decreto 5.015 de 13.03.2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Brasília, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos"[91]. Na linha das previsões da Convenção de Palermo, este documento tem a proposta de ampliação dos delitos antecedentes ao crime alvejante de forma extensa.

As três convenções citadas têm uma importância não somente no aprimoramento de uma política penal internacional, mas principalmente por terem sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, impactando a interpretação do crime alvejante e na construção da legislação pátria[92].

Em seu início, a Lei brasileira constituía-se de uma legislação de segunda geração, trazendo um rol fechado de tipos penais antecedentes à Lavagem de Capitais. Após a entrada em vigor da Lei 12.683/2012, passou a legislação pátria ser considerada ou classificada como de terceira geração, pois determinou no novo texto que qualquer infração penal em sentido amplo pode dar causa à Lavagem de Capitais.

2.3.2 União Europeia: a prevenção de condutas omissivas

Em relação à União Europeia, os esforços pela uniformização das legislações dos Estados-Membros acontecem em dois níveis: pelo sistema comunitário Europeu, além dos sistemas nacionais. Assim, falar-se em Direito Penal Europeu remete a um conceito de coletânea das normativas que se referem à União Europeia, à comunidade europeia em sentido estrito e ao conselho da Europa em sentido amplo[93]. O conceito central consiste na harmonização das legislações penais nacionais e comunitárias de prevenção à

[91] BRASIL, Presidência da República. **Decreto 5.687 de 31.01.2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das nações Unidas em 31.10.2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

[92] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro:** aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

[93] AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 45.

Lavagem de Capitais. No entanto, o Direito Comunitário pode, no caso de contradição entre um tipo penal e a Diretriz Europeia, obrigar o Estado-Membro a derrotar total ou parcialmente, ou em todo caso tornar inaplicáveis as figuras delitivas afetadas pela contradição[94].

A Diretiva 91/308 de 1991 da Comunidade Econômica Europeia impôs aos Estados-Membros o estabelecimento de um rol de obrigações tidas como idôneas a prevenir a Lavagem de Capitais, como deveres de identificação, de exame, de comunicação e de informação.

Essa Diretiva teve o importante papel de "institucionalizar de modo uniforme a prevenção da reciclagem de dinheiro em toda a comunidade e passou a ser considerada como um dos textos de referência no combate ao branqueamento."[95].

Destacam-se os regramentos inseridos nos artigos. 2º -A[96] e 6º -1[97], os quais tratam das obrigações relativas à identificação dos

---

[94] *Idem, ibidem*., p. 97.

[95] BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais...**, p. 12.

[96] "Os Estados-Membros devem assegurar que as obrigações estabelecidas na presente Diretiva sejam impostas às seguintes instituições: (1) instituições de crédito tal como definidas no ponto A do art. 1º; (2) instituições financeiras tal como definidas no ponto B do art. 1º; e às seguintes pessoas singulares ou coletivas que atuem no desempenho das suas atividades profissionais; (3) auditores ,técnicos de contas externos e consultores fiscais; (4) agentes imobiliários; (5) notários e outros profissionais forenses independentes, quando participem: a) prestando assistência na concepção ou execução de transações por conta dos clientes relacionados com: i) a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais, ii) a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, pertencentes ao cliente, iii) a abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários, iv) a organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades, v) a criação, exploração ou gestão de *trusts*, de sociedades ou de estruturas análogas; b) agindo em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transações financeiras ou imobiliárias; (6) Negociantes em bens de elevado valor, tais como pedras ou metais preciosos, ou em obras de arte, e leiloeiros sempre que o pagamento seja efetuado em dinheiro e de um montante igual ou superior a 15.000 euros; [...]" PORTUGAL. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Diretiva 91/308/CEE** de 10 de julho de 1991. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Luxemburgo, jun. 1991. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/-Directiva%2091-08%20branqueamento%capitais.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

[97] "Os Estados-membros velarão por os estabelecimentos de crédito e as instituições financeiras, bem como os respectivos dirigentes e funcionários colaborem plenamente com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento: a) informando-as, por iniciativa própria, de quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais; b) facultando-lhes, a seu

clientes, manutenção de registros de transações e notificações de transações suspeitas[98]. Ao lado desses deveres há o dever de exame que implica, para o agente, estar sujeito "à obrigação de analisar, criteriosamente as operações que interveem"[99].

No tocante à prevenção ao crime de Lavagem de Capitais, a identificação do cliente (*Know your costumer*) foi a primeira obrigação instituída pela Diretiva de 1991, onde a função não era a de apenas apurar quem eram as pessoas que "estabeleciam uma relação comercial duradoura com entidade financeira, por meio da abertura de uma conta ou do uso dos serviços de guarda de valores; mas também dos clientes ocasionais, que realizem transações avulsas"[100]. Nestes termos, a recusa por parte do cliente em fornecer a sua identificação ou identificar aqueles em nome de quem está a atuar, deve levar, também, ao impedimento da realização de quaisquer operações com esse agente por parte da entidade financeira[101].

No ano de 2001 a Comunidade Europeia disciplinou a Diretiva 2001/97, que modificou a anterior no que tange às obrigações dos sujeitos autônomos que exercem determinadas atividades, como: contadores, auditores, assessores fiscais e agentes imobiliários. Ampliando assim as obrigações de identificação dos clientes, além de modificar o próprio conceito de Lavagem de Capitais, que de tal forma não mais restringe-se ao produto do tráfico de drogas[102],

---

pedido, todas as informações necessárias, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável". PORTUGAL. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Diretiva 91/308/CEE** de 10 de julho de 1991. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Luxemburgo, jun. 1991. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/-Directiva%2091-08%20branqueamento%capitais.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

[98] BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais...**, p. 39.

[99] *Idem, ibidem.*, p. 40.

[100] *Idem, ibidem.*, p. 36.

[101] *Idem, ibidem.*, p. 37.

[102] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds). **Política criminal y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 40.

expandiu perceptivelmente o conceito de atividade criminosa, podendo ser qualquer tipo de participação em um delito grave, a título de participação ou autoria[103].

Já a Diretiva 2005/60/CE, do ano de 2005, trouxe em seu conteúdo a possiblidade de que a Lavagem de Capitais poderia ser utilizada como meio de financiar o terrorismo, ampliando, de tal modo, o rol de profissionais obrigados, incluindo: prestadores de serviços de consórcio, a compra de imóveis, atividades societárias e de consultoria. Seguiu-se a Diretiva 2006/70/CE de agosto de 2006, onde o seu destaque está na fixação de critérios técnicos para a exclusão de pessoas físicas ou jurídicas desenvolvedoras de atividades econômicas/financeiras de forma esporádica e, ainda, definir as diretrizes de identificação de pessoas politicamente expostas[104].

Por fim, cita-se as Diretivas 2007/64/CE[105], de novembro de 2007, e a 2008/20/CE[106], de março de 2008, que versam, respectivamente, sobre normas acerca dos meios de pagamentos e sobre as modificações acerca das competências para a execução dessas medidas.

Frente à constatação de que "os fatos delitivos surgem em contextos de atuação profissionais, frequentemente anônimas e massivas"[107], adota-se um modelo de regulamentações legais para a prevenção do ilícito de Lavagem de Capitais com o estabelecimento de medidas preventivas de controle que possam mitigar os riscos de utilização de suas atividades para facilitar práticas criminosas.

Incide-se agora a análise das iniciativas de cunho privado.

---

[103] BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo...**, p. 133.

[104] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *ibidem.*, p. 21-26, p. 41.

[105] **DIRECTIVA 2007/64/CE.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007L0064> Acesso em: 21 jan. 2018.

[106] **DIRECTIVA 2008/20/CE.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008L0020> Acesso em: 21 jan. 2018.

[107] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoria del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 2012, n. 99, p. 330.

2.3.3 Comitê de Supervisão Bancária de Basileia

Foi criado em 1974 e instituído em 1975 pelo Presidente do Comitê dos bancos centrais dos países do G10[108]. É constituído por autoridades de supervisão bancária e bancos centrais da Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. Usualmente, reúne-se no Banco de Compensações Internacionais, na Basiléia, onde está localizada sua secretaria permanente. Sua finalidade é prevenir a utilização de instituições financeiras para a Lavagem de Capitais, mas suas propostas não geram declarações jurídicas em sentido estrito, seus destinatários são instituições financeiras e, de modo subsidiário, os supervisores bancários[109].

O comitê não se constitui em um órgão regulador, ele formula "padrões e diretrizes para os controles internos de aplicabilidade mundial, e suas recomendações, embora sem caráter cogente, tem alcançado um elevado nível de eficácia"[110]. Tratam-se, portanto de instrumentos de *soft law* que divulgam a horizontalidade entre os Estados. Dentre as suas proposições estão a identificação de clientes, a estrita observância aos regramentos acerca de transações bancárias e o impedimento de clientes que pretendam fraudar as normas do sistema econômico e financeiro.

No ano de 1998, por intermédio do acordo de Basileia I, foi proposta uma série de obrigações às entidades de crédito e às instituições financeiras, que tiveram como objetivos a solidez e a estabilidade do sistema financeiro e bancário. Para tanto, definiu-se

---

[108] O Grupo dos Dez consiste em uma organização internacional que representantes de onze economias desenvolvidas (Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Páises Baixos, Holanda e Reino Unido; e dos bancos centrais da Alemanha e Suécia). Fundado em 1962, incorporou a Suíça em 1964. BRASIL. **Federação Brasileira de Bancos** FEBRABAN. **Acervo Digital**. Disponível em: <https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Imprensa/Artigo_Basileia_6.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

[109] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales...**, p. 305.

[110] CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. ***Compliance* 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 344.

três conceitos: capital regulatório, que trata do montante próprio alocado para cobertura de riscos; fatores de ponderação de risco de ativos, que estão relacionados à exposição a riscos de crédito dos ativos dentro e fora do balanço; e, por fim, o índice mínimo de capital para cobertura do crédito, também chamado de índice de Basileia, que de forma objetiva versa sobre o quociente entre o capital regulatório e os ativos, dentro e fora do balanço[111].

Todas as normas de conformidade e busca pela diminuição de riscos financeiros, econômicos e sociais tiveram o propósito de colaborar para a preservação e estabilidade financeira internacional. O que, de certo modo, justificou-se com a descoberta de falhas de conformidade no sistema financeiro e bancário Norte-Americano.

No ano de 2002, e destacando para tanto o conhecido escândalo financeiro de *Wall Street*, o qual revelou falhas em um sistema de regulação, assim como a necessidade de seu aprimoramento com o fim de reduzir riscos aos quais todo um aparelho econômico estava sujeito, surgiu o Acordo de Basileia II. O novo acordo orientou a adoção de práticas mais rígidas no gerenciamento do risco.

Assim, além dos riscos já calculados no acordo pretérito, o capital regulamentar para riscos operacionais também compor-se-ia da ponderação dos ativos para o efeito do cálculo do capital regulamentar[112] para as instituições com atuação global, esperando-

[111] Brasil. **Federação Brasileira de Bancos** FEBRABAN. **Acervo Digital**. Disponível em: <https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Imprensa/Artigo_Basileia_6.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

[112] O novel acordo possui três bases/pilares, a saber: "Primeiro Pilar – Exigência de Capital Mínimo: a partir de medidores de risco de mercado, risco de crédito e risco operacional; Segundo Pilar – Processo de Revisão e Supervisão: os Supervisores são responsáveis por avaliar a adequação do capital econômico aos riscos incorridos pelos bancos; sob a ótica das instituições financeiras, significa a adoção de práticas de gerenciamento com ampla aceitação e utilização pelos participantes do mercado e o Terceiro Pilar – Disciplina de Mercado: preconiza a divulgação de informações sobre os riscos e gestão por parte dos participantes do sistema bancário". **Federação Brasileira de Bancos** FEBRABAN. **Acervo Digital**. Disponível em: <https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Imprensa/Artigo_Basileia_6.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

se que o sistema financeiro do Estado o adote, independentemente de a instituição atuar nacional ou internacionalmente.

É fundamental destacar que um dos pontos principais no até então novo acordo versa sobre a relevância dada às avaliações de riscos realizadas internamente pelas instituições, onde chamaremos de modelos internos de conformidade, o que se traduz na constante busca para identificação, avaliação e controle/mitigação dos riscos.

Inclui-se, dentre os eventos a serem gerenciados: o risco legal, cuja definição é associada à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como o risco de sanções em razão de descumprimento de Leis e a imposição de indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades exercidas[113].

Por fim, o Acordo de Basileia III, datado do ano de 2010 e posterior a crise financeira de 2008, traz uma proposta para ampliar a capacidade de instituições econômicas, em especial as bancárias, absorverem perdas decorrentes de choques existentes no sistema econômico-financeiro ou nos demais setores da economia, mantendo a estabilidade daqueles por meio de mecanismo de *Compliance*.

2.3.4 A Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários

A Organização Internacional das Comissões de Valores (IOSCO/OICV), criada em 1983, é o organismo internacional que reúne os reguladores de valores mobiliários do mundo. Criada em Madri, "tornou-se o principal foro internacional para as autoridades reguladoras dos mercados de valores e de futuros"[114].

A IOSCO "promove a adesão a padrões reconhecidos internacionalmente para a regulamentação de valores mobiliários, e trabalha com o G20 e o Conselho de Estabilidade Financeira (FSB)

---

[113] BRASIL. Banco Central do Brasil. **Conselho Monetário Nacional**. Disponível em: <http://bcb.gov.br/pre/normativos/res/2006/pdf/res_3380_v2_P.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

[114] CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. ***Compliance* 360º...**, p. 346.

na agenda global de reforma regulatória"[115]. Traça, portanto, as diretrizes globais relativas aos valores mobiliários, pois dentre seus objetivos, está a redução de riscos sistêmicos aos mercados[116].

Busca-se com uma política eficaz de auto regulação, ajustar a minimização dos riscos que envolvem o sistema mobiliário.

2.3.5 A Lei de Lavagem sob a interpretação da Suprema Corte Norte Americana

Antes de adentrar no contexto da interpretação da Suprema Corte dos EUA, necessário se faz o recorte de Alessandro Baratta sobre a teoria da prevenção geral negativa da pena, que se adequa ao pensamento do legislador *norte-americano* quando do *Anti-drugs Abuse Act of 1986*[117]:

> A função de prevenção geral negativa (objetiva a dissuasão dos potencias infratores), na qual se baseia grande parte do consenso que ainda goza o sistema penal no sentido comum pode ser considerada, por sua vez uma hipótese empiricamente não verificada e impossível de sê-lo. A função da prevenção geral negativa é hoje sustentada, especialmente nos Estados Unidos, em duas formas alternativas ou complementárias: a "neutralização"

---

[115] ESPANHA. (IOSCO). **About IOSCO**. Madri, 2013. Disponível em: <http://www.iosco.org/about/?section=obj_prin> Acesso em: 21 jan. 2018. Vale destacar, ainda, que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi fundadora da IOSCO que, em seus primórdios tinha âmbito interamericano, tendo sediado no Rio de Janeiro, em 1979 e 1987, duas conferências anuais da organização. A CVM foi distinguida com a presidência do Comitê Interamericano (1995-1996 e 2002-2004) e do grupo de trabalho encarregado do aprimoramento de normas relativas a fundos de investimentos. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/relinter/reguladoresdevalores.asp> Acesso em: 21. Jan. 2018.

[116] ESPANHA. (IOSCO). **About IOSCO**. Madri, 2013. Disponível em: <http://www.iosco.org/about/?section=obj_prin> Acesso em: 21 jan. 2018.

[117] **PUBLIC Law 99-570**, 27. out. 1986. Disponível em: <http://www.brockport.edu/~govdoc/SocPol/pl99570.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

[117] EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Regalado Cuellar v. United States**: nº 06-1456. Disponível em: <http;//www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

> do infrator (incapacitation) e a "intimidação específica" (specific deterrence)[118].

O Congresso dos Estados Unidos da América, no ano de 1986, aprovou o *Anti-drugs Abuse Act of 1986* ou, em livre tradução, "norma que visa o não abuso". Dentro de tal normatização, em seu título primeiro, existe um subtítulo que, também em tradução livre, significa "ato de controle da lavagem de capitais". Sendo este último, a norma que criminalizou a Lavagem de Capitais nos Estados Unidos da América, transformando-a em algo inédito no cenário global. Destaca-se, que a já tratada Convenção de Viena ocorreu apenas no ano de 1988, e o foco agora era a até então inédita legislação/interpretação dos EUA.

No ano de 2007, em um caso denominado United States v. Santos[119], a Suprema Corte dos EUA se viu frente a uma questão não de ordem unicamente jurídica, mas sim, semântica. A palavra *proceeds,* entendida em português como bens ou proventos, e mormente utilizada no Direito Penal, é dotada de conceito flexível, o que nos remete à casuística em testilha. Mr. Santos, operava uma espécie de lotérica clandestina, onde o seu lucro se daria com a natureza de comissão. O valor objeto do proveito econômico desta atividade era então utilizado para o pagamento do prêmio do sorteio e dos funcionários. Mr. Santos, após o devido procedimento investigatório e judicial, foi condenado em primeiro grau e, logo após, impetrou um *habeas corpus* à Corte Distrital que concedeu a ordem.

Frente agora à competência da Suprema Corte, o colegiado, pela sua maioria, e aplicando a regra de *lenity*[120], entendeu que a

---

[118] BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamento de uma Teoria do bem jurídico. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 5/1994. p. 5-24, jan./mar. 1994. p. 11.

[119] EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **United States v. Santos**: nº 06-1005. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

[120] A regra exige que as ambiguidades nas Leis dos EUA devem ser interpretadas de modo e forma sempre mais benéfica ao réu. PRICE, Zachary. The rule of lenity as a rule of structure. Fordham L.

expressão significaria lucro e não somente proventos, absolvendo o acusado, tendo, como síntese, o liame de que ele não utilizou os lucros do fato antecedente à possível Lavagem de Capitais, apenas um bem proveniente deste.

Entretanto, no ano de 2009, o poder legislativo federal dos EUA, buscando sanar a obscuridade e ou contradição legal que fora levantada no julgamento ora destacado, emendou a seção 1.956 do Código Norte-Americano, introduzindo o § 9º. Respectiva modificação definiu o *proced* como sendo todo e qualquer bem derivado, obtido ou retirado de uma operação não lícita, adentrando em tal literalidade toda e qualquer receita bruta[121].

Em outro caso acerca da interpretação jurisprudencial, o debate se deu em razão da intenção do agente em lavar capital ou escondê-lo. O julgamento do caso United States v. Cuellar[122] versou sobre o transporte ou transferência para fora do país. O acusado dirigia o seu veículo em destino ao Estado Mexicano, quando foi abordado pelas autoridades policiais que verificaram uma expressiva quantia em espécie. Tornando-se agora Mr. Cuellar em acusado, réu e condenado pelo transporte de bens de origem ilícita para outro país com fins de ocultar ou dissimular a natureza, propriedade, fonte ou controle do dinheiro ilícito.

Após recurso, a Suprema Corte, em sua unanimidade, decidiu a favor do réu, revertendo a sua anterior condenação pelo crime alvejante[123]. Foi definido que um mero transporte de valores, ainda que ocultos, não teria o condão de caracterizar o crime de Lavagem

---

Rev, 2004. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3945&context=flr. Acesso em 21 jan: 2018.

[121] CALLEGARI, André Luis; WEBER, Adriel Barazzeti. **Lavagem de dinheiro**, 2 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 100.

[122] EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Regalado Cuellar v. United States**: nº06-1456. Disponível em: <http;//www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf> Acesso em 21 jan. 2018.

[123] DOYLE, Charles. **Money laundering**: na overviem of 18 U.S.C. 1956 and Related Federal Criminal Law. Washington, D.C. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf> Acesso em: 21. jan. 2018.

de Capitais. Frente ao entendimento, restou definido que cabe a acusação o ônus de provar a intenção de lavar o capital.

Respectivos casos fazem emergir questões de cunho subjetivo a respeito do intuíto do suposto agente criminoso, além da forma de como se deve interpretar os elementos do crime de Lavagem de Capitais. Sendo de tal modo paradigmáticos à Lei brasileira, no que diz respeito à sua atual interpretação expansionista do Direito Penal Econômico.

Como se pode averiguar, todo o conjunto normativo de regulação e jurisprudência, atesta que "a gestão de riscos e a interpretação do mesmo é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens em maior ou menor escala, seja na esfera pública, seja na esfera privada"[124], sendo que o ordenamento pátrio não constitui uma exceção.

O Sistema antilavagem nacional, com previsão legal constituída pela Lei 9.613/1998, fixou medidas preventivas de controle a serem exigidas de determinados setores econômicos. Assim, com a chegada da Resolução 2.554 do Conselho Monetário Nacional, "as instituições financeiras e empresas de capital aberto passaram a ter o dever de colaborar com investigações da lavagem"[125], o que pode ser denominado como deveres de *Compliance*.

O *Compliance* para o Direito Penal Econômico "expressa a conformidade com o Ordenamento Jurídico, o cumprimento das normas a que a sociedade empresária, seus diretores e funcionários estão sujeitos"[126]. Possível ainda definir como "o dever de cumprir, de estar em conformidade, de fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao risco legal/regulatório"[127].

---

[124] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato...**, p. 53.

[125] SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 75, p. 22-30, ago./set. 2012.

[126] LUZ, Ilana Martins. ***Compliance* e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 23-24.

[127] COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual do *Compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

A Lei de Lavagem de Capitais brasileira prevê a imposição de sanções administrativas e, para alguns, também a possibilidade de imposição de pena aos sujeitos obrigados a fazerem uso dos mecanismos de controle em caso de descumprimento e ou omissões dos deveres que lhe são impostos, debate este, que será tratado no último capítulo.

Além disso, como condição prévia à apreciação dos requisitos para a imposição de sanção penal aos agentes de conformidade que não observarem as normativas direcionadas à Lavagem de Capitais, faz-se uma breve e necessária análise da discussão atinente ao bem jurídico-penal protegido, pois, a essa determinação, assim como a existência de uma relação de proximidade com o mesmo, será definidora da possibilidade de responsabilização penal por omissão do *Compliance Officer*.

2.4 Lavagem de capitais e o direito penal do risco: da dialética sobre o bem jurídico tutelado à necessidade de sua proteção

Neste ponto, com fins de dá suporte às considerações finais deste estudo, analisaremos a problemática tocante ao bem jurídico tutelado, bem como ao questionamento sobre a necessidade de proteção pela via da Lavagem de Capitais. Portanto, nos cumpre tecer abreviadas considerações acerca do próprio conceito de bem jurídico, pois, o grande desafio se encontra em uma definição adequada de qual o bem jurídico tutelado nos crimes econômicos e de lavagem de capitais. Aftalión destaca que o bem jurídico protegido pela norma se refere ao dano atual ou potencial em uma economia nacional considerada em seu conjunto[128].

[128] AFTALIÓN, Enrique. El Bien Jurídico Tutelado Por El Derecho Penal Económico. **Revista de Ciencias Penales**. Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, tomo XXV, n. 2, p. 79-91 Mayo/Agosto. 1966. p. 67.

Nesse seguimento, impende registrar algumas notas centrais que colaboraram para o desenvolvimento da discussão. Liszt[129] delineava bem jurídico como um valor preestabelecido, de essencial relevância, variável de acordo com aspectos apurados em cada sociedade.

No aprofundamento da dialética, José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni conferem à definição de bem jurídico o sentido de relação de disponibilidade. Conceituam: "bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam"[130]. De acordo com os autores e a título de exemplo, o que é tutelado pela norma penal, não é a propriedade, mas sim o direito de dispor do próprio patrimônio.

Em suma, faz-se imprescindível ter em mente, para compreensão do que será exposto, que a existência da regra penal se refere à proteção de valores essenciais à manutenção da ordem social, depreendidos de dado contexto histórico no qual determinada sociedade está inserta. Assim, de acordo com Alice Bianchini, existem pressupostos materiais mínimos para que exita a necessidade de uma tutela penal, quais sejam: conduta com relevante ofensividade; necessidade da tutela penal; eficácia e adequação do tratamento jurídico penal[131].

Antecipando o recorte a ser tratado, acerca da lavagem de capitais, não há consenso na doutrina quanto ao bem ou bens jurídicos aos quais a norma, em tese, ofereceria proteção.

Assim, é de fundamental importância delimitar o tópico em destaque com o questionamento a respeito do bem jurídico tutelado

---

[129] **LISZT, Franz Von**. ***Tratado de direito penal alemão***. Traduzido por **José Hygina Duarte**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

[130] **ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique**. ***Manual de direito penal brasileiro***. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 399.

[131] BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pelo Direito Penal Econômico e sobre "a real necessidade de se criminalizar condutas que violam as regras do mercado, promovendo uma lesão às relações econômicas, sem envolver a vida, liberdade ou a integridade física dos cidadãos[132]", onde, estes últimos referidos valores, são os basilares para a uma sociedade hígida.

Em linha complementar, sobre a tarefa do Direito Penal e dos bens jurídicos, Claus Roxin destaca:

> A tarefa do direito penal é garantir a seus cidadãos uma convivência livre e pacifica sob a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa-se essa tarefa como proteção de bens jurídicos todos aqueles dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases[133].

Bernd Schünemann, ao tratar do contrato social, do Estado de Direito Liberal e sobre o princípio da proteção de bens jurídicos, destaca que este último é a diretriz do que pode ou não proteger o Estado por meio do Direito Penal:

> [...] o princípio da proteção de bens jurídicos trata-se de uma diretriz normativa carecedora, mas também passível de concretização. Afinal, uma vez que este princípio se encontra alicerçado na concepção do contrato social, sob a ideia reitora da garantia da possibilidade do livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado, fornece ele uma orientação a respeito de o que pode e o que não pode o Estado proteger por meio do direito penal[134].

---

[132] EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Recife, 2011. p. 226.

[133] ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 922/2012. p. 291-322, ago. 2012. p. 293.

[134] SCHÜNEMANN, Bernd. O direto penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 53/2005. p. 9-37, mar./abr. 2005. p. 11.

Segundo as teorias penais contemporâneas, o crime econômico gera danos não individualizáveis, irreparáveis, onde a percepção social é notoriamente diferenciada. O objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. Logo, uma característica do Direito Penal Econômico será a criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual determinado, mas conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supraindividuais. Denota-se, te tal modo, a construção de um microssistema penal no que se refere ao Direito Penal Econômico e, especialmente, à Lavagem de Capitais:

> [...] E, como se trata de uma tentativa de esgotar a matéria num universo sistêmico próprio, o microssistema amiúde traz no seu bojo a incriminação de condutas supostamente configurando as mais graves formas de violação dos bens jurídicos por ele tutelados, mas que, na verdade, têm uma função meramente simbólica, como se a instituição de crimes e penas lhes conferisse uma importância diferenciada[135].

Frente ao raciocínio até aqui desenvolvido e dada a relação entre os modelos de crime, tomando a Constituição na acepção de "ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios[136]", considera-se que o texto constitucional demarca limites à intervenção penal. Essa parametrização se impõe pela necessária compatibilização entre a criminalização entre determinadas condutas com o comprometimento da tutela de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

---

[135] MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 111.

[136] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

Nessa conjuntura, deve-se destacar que o texto constitucional não é um parâmetro referencial exclusivo de incriminação, pois, como estatuto político, é um produto cultural precedido de um anterior reconhecimento social de determinados valores ou interesses.

Um exercício dialético aprofundado acerca da legitimidade e autonomia da categoria bem jurídico penal coletivo ultrapassa os limites do presente escrito. Todavia, há que se explicitar que a concepção ora demostrada reconhece a autonomia entre os bens individuais e supraindividuais, pois os objetos jurídicos da tutela penal podem ter a coletividade e indivíduos como seus titulares.

Realizada a análise preliminar sobre o bem jurídico, direciona-se o estudo propriamente à Lavagem de Capitais, onde, de início, pontua-se a discussão doutrinária acerca da definição do bem jurídico na dita legislação penal.

Destaca-se, que as diversas condutas podem constituir o crime de Lavagem e Capitais e conduzem à discussão acerca de qual seria o bem juridicamente ofendido. O debate por si só não é isento de polêmicas, haja vista se tratar de identificar os motivos que justificam a persecução penal. Devem existir causas para que ocorra a intervenção do Direito Penal, pois, se não houvesse lesividade, não existiria justificativa para a sua tipificação[137].

2.4.1 Protege o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente?

Em dita linha de pensar, o bem jurídico é o mesmo do delito prévio. Esta postura funda-se na concepção de que a Lavagem de Capitais seria uma verdadeira forma de gradação do bem jurídico anterior[138]. As críticas que a ela são feitas dizem respeito à

[137] BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal Econômico**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 445.

[138] BONACCORSI, Daniela Villani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 156.

penalização de sujeito diverso daquele que pratica o comportamento que se pretende evitar. Nos dizeres de Blanco Cordeiro "se pretende a evitação de um delito prévio mediante a repressão de comportamentos posteriores"[139]. Destaca-se ainda, que seguindo a dita argumentação, o bem jurídico prévio vai modificar frente ao tipo que o antecedeu, tornando-se uma espécie de parasita.

Renato de Mello Jorge Silveira, ao tratar da Lavagem de Capitais e o exercício da Advocacia, pontua seu pensamento:

> Outra interpretação é dada por aqueles que entendem justificável a noção fincada em ofensa, ainda, ao bem jurídico do delito antecedente. Percebendo-se que a incriminação da conduta de quem venha a ocultar bens ou valores oriundos de uma atividade criminosa visa, na verdade, ao combate a tais crimes, chega-se a pontuar que a lavagem, em si, diz respeito ao mesmo bem jurídico que o crime prévio. Trata-se, pois, de uma superproteção deste. Similar pensamento, contudo, se mostra falho, conforme argumentado pelo BGH, uma vez que os meios empregados na proteção de um bem jurídico devem, necessariamente, guardar proporcionalidade com a ofensa pelo mesmo.[140]

Em linha de raciocínio similar, levantando o teor histórico do crime de Lavagem de Capitais, quando este era acessório do tipo de tráfico de drogas, poder-se-ia admitir a tese de proteção ao bem jurídico antecedente. Entretanto, nos modernos tempos da atual sociedade de riscos e frente à pluralidade de crimes que podem ensejar a capitulação alvejante, ter-se-ia uma multiplicidade de bens jurídicos resguardados[141].

---

[139] BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo...**, p. 197.

[140] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: Revista do Tribunais, jan./jun. 2005. p. 143-173.

[141] EL HIRECHE, Gamil Föppel; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de dinheiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 18.

Como dito inicialmente, não há consenso na doutrina quando se trata do bem jurídico antecedente. Porém, em defesa da linha do mesmo bem jurídico antecedente, Bajo Fernández dispõe:

> [...] el lavado de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica de un país: la inspección de la Agencia Tributaria, la inspección de Trabajo, etc. La única relevancia que podría tener el blanqueo de capitales estriba en lo que representa como participación en el delito base, es decir, en su significación como receptación o encubrimiento[142].

Ainda no campo do Direito Penal internacional, destaca-se a divisão de pensamentos na Alemanha demostrada por Martínez:

> [...] En Alemania, al contrario de lo que ocurre en Suiza, la doctrina está muy dividida en lo que a la determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales se refiere. Así, un sector doctrinal opina que las conductas constitutivas del delito de blanqueo de capitales menoscaban el bien jurídico ya lesionado por el delito previo[143].

Entretanto, filiar-se a tese de que o bem jurídico que se protege na Lavagem de Capitais é o mesmo do tipo que a deu causa é uma linha que padece de contradições dogmáticas. Vejamos:

> Dar razão a esta vertente teórica é permitir que, claramente, a violação dos direitos e garantias fundamentais, pois, quando, deliberadamente, procede-se à criminalização da conduta para proteger bem jurídico já protegido por outro tipo, incorre-se em concurso aparente de normas, com violação do princípio non bis

[142] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina (Eds). **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13.

[143] MARTÍNEZ, César Julio. **El delito de blanqueo de capitales**. 2017. 686 f. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidade Complutense de Madrid, 2017. p. 151.

> in idem, o que se mostra insustentável por qualquer direito penal minimamente garantista[144].

A corroborar com o exposto e de modo contrário aos que defendem que o bem jurídico protegido pela Lavagem de Capitais é o mesmo do tipo que a deu causa, destacando para tanto a patente violação do princípio do *non bis in idem,* aduz Cezar Roberto Bittencourt:

> As críticas a esse posicionamento são, contudo, muitas, destacando-se o contra-argumento de que a criminalização do branqueamento de capitais, sob a justificativa de que dessa forma se protegem os bens jurídicos atingidos pela infração penal antecedente, representaria a cumulação de punições, pois estaríamos punindo duas vezes a lesão do mesmo bem jurídico, ferindo a proibição do princípio do non bis in idem[145].

2.4.2 A Administração da Justiça como bem jurídico tutelado?

Badaró e Bottini afirmam ser a Administração da Justiça o bem jurídico tutelado pelo crime em análise. Asseguram que tal proposição, "confere maior autonomia entre a lavagem e o crime antecedente, ainda que permaneça a conexão entre ambos"[146], fundamentando de melhor forma, a tutela penal, cuja razão "é garantir os instrumentos para a apuração e julgamento dos delitos anteriores e a recuperação de seu produto"[147].

Roberto Podval confere à ordem socioeconômica a condição de categoria dotada de conceito vago e amplo, sem possiblidade de constituir, em si, um bem jurídico penal. Entende que "dizer que um

---

[144] FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de dinheiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 19.

[145] BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal Econômico**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447.

[146] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

[147] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro...**, p. 53.

crime afeta o bem jurídico Ordem Econômica seria o mesmo que o delito de homicídio afeta o bem jurídico sociedade e não o bem jurídico vida."[148]. Defende o mencionado autor, que o bem jurídico tutelado pela Lavagem de Dinheiro é a administração da justiça, pois, centra-se no argumento de que os autores do tipo em comento, ao pretenderem proteger os autores dos crimes antecedentes, "acabam obstruindo a própria justiça, impossibilitando punição dos culpados"[149].

No campo do Direito Penal alienígena, encontramos posicionamento em mesmo sentido, a saber:

> La legislación Suiza regula el delito de blanqueo de capitales en los artículos 305 bis y 305 ter., del Código Penal. La corriente mayoritaria opina que se trata de un delito contra la Administración de Justicia y así lo plasmó el Legislador penal al introducir la Ley Federal de 23 de marzo de 1990, reformada por la Ley del 18 de marzo de 1994, ubicando sistemáticamente tales preceptos en el Título 17, relativo a los delitos contra la Administración de Justicia[150].

Dita conceituação não demonstra, em si só, arcabouço sustentável, posto que optar que o bem jurídico tutelado pela Lavagem de Capitais é a Administração da Justiça é entender que aquele que praticou a capitulação penal antecedente tem por obrigação, se auto delatar. Outrossim, a possibilidade de expansão do hipotético bem jurídico em análise é latente, pois o mesmo é carecedor de definição, podendo caracterizar qualquer conduta, inclusive, aquelas desprovidas de lesividade[151]. A subsidiariedade do

---

[148] PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 24, p. 209-222, out./dez. 1998., p. 214.

[149] *Idem, ibidem.,* p. 220.

[150] MARTÍNEZ, César Julio. **El delito de blanqueo de capitales**. 2017. 686 f. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidade Complutense de Madrid, 2017. p. 150.

[151] FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de dinheiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 20-21.

Direito Penal não poderia deixar de proteger aqueles comportamentos exigíveis da sociedade contemporânea.

Ainda sob essa perspectiva, Cesar Roberto Bitencourt:

> [...] os atos de lavagem não seriam penalmente significativos, se considerados isoladamente, exceto quando existisse uma relação instrumental entre o comportamento do agente do branqueamento e a infração penal precedente[152].

Em outra perspectiva, agora ampla e dualista, existem pensadores do Direito que entendem que a melhor interpretação é a de que o crime de Lavagem de Capitais ofende, de forma simultânea, os bens jurídicos da administração da justiça e da ordem econômica[153]. Dito ponto de vista não seria razoável frente ao objetivo a que se destina o delimitar do bem jurídico do tipo em análise.

Se a teoria aqui fosse a correta, o desrespeito às garantias fundamentais seria enorme. Se fundamenta o seu argumento na possibilidade de que qualquer conduta poderia ser considerada um fato típico se o bem jurídico da Lavagem de Capitais fosse a Administração da Justiça. Não haveria distinção entre os graus de lesão e todo e qualquer agir poderia ser valorado penalmente.

Abrir-se-ia com tal raciocínio a porta da interpretação extensiva. Portanto, afasta-se no contexto em que se insere o presente estudo a opção da Administração da justiça como bem jurídico tutelado pela Lavagem de Capitais.

2.4.3 A ordem Social e Econômica

Como já se evidenciou anteriormente, a definição de bem jurídico é tarefa das mais complexas, logo, a dificuldade em se

---

[152] BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal Econômico...,** p. 447.

[153] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 74-75.

encontrar um conceito pacífico sobre o que seria o bem jurídico tutelado na esfera do Direito Penal Econômico, especialmente sobre a legislação da Lavagem de Capitais persiste. No entanto, a doutrina tem trabalhado no sentido de tentar localizar uma definição do que seria o objeto de tutela neste campo da ciência penal.

A título explicativo sumaríssimo, vale destacar o entendimento de Alessandro Baratta, no que diz respeito ao alcance da tutela penal e dos bens jurídicos protegidos:

> [...] a extensão da área da tutela penal aos interesses difusos ou seletivos (o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública etc.) e as funções da administração pública (como o sistema monetário, o sistema de economia, a atividade do Estado em quanto monopolista do mercado de trocas etc). A própria estrutura desses bens jurídicos faz sim com que, nos seus confrontos, o conceito estático e defensivo dos bens jurídicos não possa prosseguir distinguindo-se claramente do conceito promocional [...][154].

Assim, em se tratando de Alvejamento de Capitais, é imperioso destacar que o tipo em testilha tem um impacto negativo no modelo econômico incorporado na Constituição, além de afetar seriamente a ordem social, uma vez que a inclusão de grandes montantes de dinheiro, a partir de origem ilícita prejudica a livre concorrência econômica devido ao custo da produção dos bens ilícitos que, por sua natureza, é muito menor.

Nesse diapasão, é cogente demonstrar o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt:

> Por isso, ainda que a identificação de um único bem jurídico – a ordem econômica e financeira – como objeto da tutela penal na perseguição do fenômeno criminoso que se categoriza como lavagem de dinheiro não seja isenta de polêmica, é necessário

[154] BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico**.** São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 5/1994. p. 5-24, jan./mar. 1994. p. 09.

> precisar os motivos que justificam sua incriminação de forma autônoma, para a correta subjunção dos fatos ao tipo legal. Estamos, neste caso, diante de um bem jurídico supraindividual, reconhecido no art. 170 da nossa Constituição Federal, e sobre o qual deve incidir a valoração sobre a ofensividade dos comportamentos incriminados pela Lei n. 9.613/98[...][155].

O conceito de ordem econômica analisado e definido no presente tópico é o de "ordem jurídica na economia"[156], tal delimitação é a que será utilizada para o desenvolvimento do estudo em testilha. A corroborar com a ideia aqui levantada, o Art. 170[157] da Constituição brasileira tem, entre os bens protegidos, o que aqui destacadamente é definido como o protegido pela Lei de Lavagem de Capitais.

Eros Roberto Grau faz a análise de que o legislador constituinte realizou uma construção para indicar o modo de ser da economia nacional:

> Analisado, porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou atividades econômicas – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) [...][158].

Feita a análise sobre os possíveis bens jurídicos tutelados pela Lavagem de Capitais, pode-se concluir que a "Ordem Social e Econômica" é o bem protegido pela Legislação estudada. A referida

---

[155] BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal Econômico...,** p. 449.

[156] MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica Do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973. p. 71.

[157] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]". BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 fev. 2018.

[158] GRAU. E. Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.

norma destina-se a impedir que o produto do crime volte a circular na economia com aparência lícita e ponha em perigo toda a estrutura financeira e econômica de um dado Estado[159], eis que a movimentação financeira ocorrida à margem dos aparatos estatais oficiais pode ocasionar, sem equívocos, consequências previsíveis e imprevisíveis ao correto andamento e planejamento econômico-financeiro.

Em complemento ao sentido dado anteriormente, destaca-se:

> [...] os bens jurídicos a serem selecionados pela lei não se limitam mais aos naturais e ao patrimônio individual. [...] Dái um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riquezas [...][160].

A corroborar com conclusão acima, **André Luis Callegari[161], Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo**[162]**, Cesar Antônio da Silva[163]** e **William Terra de Oliveira**[164], acreditam que a finalidade precípua da norma antialvejante é proteger a ordem social e econômica do Estado.

Nos limites propostos por esse texto científico, passa-se, no capítulo seguinte, ao enfrentamento das hipóteses em que a lei brasileira prevê a possibilidade de que a intervenção, por omissão, de agentes empresariais e financeiros possa resultar na pratica do crime de Lavagem de Capitais.

---

[159] FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira...**, p. 24-25.

[160] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. **O Direito Penal Econômico**. Revista do Instituto Brasileiro das Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, jan./mar. 1999. p. 151.

[161] **CALLEGARI, André Luis**. ***Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n. 9.613/98***. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 85.

[162] **PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes**. ***Lavagem de dinheiro...***, p. 92.

[163] **SILVA, Cesar Antonio da**. ***Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38-39.

[164] **CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de**; **GOMES, Luiz Flávio**. ***Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 321-323.

Essa modalidade de tipificação se dá em um contexto descrito por Silva Sánchez da seguinte forma:

> Onde as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias, o que, em Direito Penal, implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incidem diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica[165].

No dito contexto, paradigmáticos são os ensinamentos de Selma Pereira de Santana:

> [...] o Direito Penal não pode ordenar-se em um sistema fechado, nem se abandonar à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar disso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema, ou force a sua modificação[166].

Do exposto, e frente aos deveres de *Compliance* que são impostos por meio da Lei 9.613/1998, direciona-se a pesquisa para a análise do instituto da omissão como meio de imputação de responsabilidade criminal.

---

[165] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal...**, p. 31.

[166] SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.154.

3

A omissão imprópria na conjuntura da lei 9.613/1998: elementos, tipologia aberta e sobrecriminalização

Como pontuado no final do capítulo anterior, a Lei 9.613/1998 atribuiu deveres de *Compliance* em relação à prevenção e combate ao crime de Lavagem de Capitais. Referidas obrigações recaem sobre empresas, organizações econômicas-financeiras, bem como sobre seus funcionários e colaboradores. Pois, a prática desse delito, na maior parte dos casos, faz uso do setor econômico onde se inserem os bancos de investimentos e comerciais. Parte-se do pressuposto de que "os atos de encobrimento são em geral, em concurso"[1].

Nesse contexto, a Lei 9.613/1998[2] traz a previsão, no seu art. 1º, § 2º, II de um "delito associativo de lavagem de dinheiro que enseja a imputação mesmo que o sujeito não esteja cometendo os atos característicos da lavagem"[3]. Incrimina-se a conduta daquele que, sabe que sua atividade principal ou acessória, é voltada a ocultar ou dissimular bens ou valores originários de infração penal.

Dito isso, e tendo presente que a modalidade comissiva é a regra na Lei de Lavagem de Capitais, questiona-se se a omissão imprópria poderia representar um instrumento viável de imputação

---

[1] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de Dinheiro...**, p. 117.

[2] BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens [...]. Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

[3] TIGRE MAIA, Rodolfo. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 101.

de responsabilidade criminal ao Oficial de Conformidade, debate que perpassa pelo seguinte questionamento: "o que delimitaria essa participação delitiva?"[4].

Em busca de uma resposta, passa-se a examinar a descrição típica trazida pela norma incriminadora contida no art. 1º, § 2º, II da Lei de Lavagem de Capitais.

3.1 Tipologia aberta do (art. 1º da lei 9.613/1998): a demasiada tipicidade de condutas previstas

Inicialmente, revisita-se a atual redação da Lei de Lavagem de Capitais brasileira que foi modificada pela Lei 12.683/2012, onde a norma do ano de 2012 excluiu o rol de delitos antecedentes[5] à Lavagem de Capitais. Possibilita a norma, de tal modo, que qualquer crime ou contravenção penal possa se constituir em um motivo para a persecução ao crime alvejante.

Marco Antonio de Barros esclarece a respeito do tipo citado que este "corresponde ao que se pode chamar de lavagem direta ou primária"[6], cujos verbos ocultar e dissimular relacionam-se, respectivamente "à primeira ou segunda etapa do processo de lavagem que se exaure com a reinserção do capital na economia com aparência lícita"[7]. Sobre o conteúdo dos verbos nucleares do tipo, tem-se que "ocultar significa encobrir, esconder, sonegar, não revelar, enquanto dissimular é ocultar com astúcia, fingir,

---

[4] CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *In:* CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org). **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: PODIVM, 2010. 341-360.

[5] A crítica a essa modificação, segundo Estellita e Bottini, se sustenta pelo fato de que a inclusão das contravenções penais e das infrações de menor potencial ofensivo é incongruente, pois *"suas penas são menos severas justamente em razão da menor lesividade das condutas assim classificadas pelo legislador".* (ESTELLITA, Heloísa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na Legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 237, ago. 2012. p. 2).

[6] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações...**, p. 160.

[7] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de Dinheiro...**, p. 63.

disfarçar"[8], sendo importante referir que a dissimulação pode ocorrer independentemente da ocultação, pois "como a dissimulação também é uma forma de ocultação, não é necessário o procedimento prévio de ocultar, pois o autor pode diretamente dissimular os bens provenientes dos delitos descritos na Lei de Lavagem"[9].

O objeto material não vem descrito de forma objetiva, já que a técnica utilizada é a de usar elementos normativos, exigindo-se do intérprete uma valoração quanto ao real significado. Na ordem jurídica nacional, a Lei de Lavagem de Capitais faz menção a bens, direitos e valores que sejam produtos de infração penal.

Sobre a natureza desse crime, a postura doutrinária que mostra uma maior harmonia com a ordem econômica e social como bem jurídico tutelado neste delito é a que defende ser um delito instantâneo, pois "o bem é afetado apenas no momento da integração dos valores à economia formal com aparência lícita"[10]. Nessa linha de raciocínio, a ocultação anterior ao alvejamento "seria uma tentativa ou ato preparatório punível com a mesma pena do crime consumado, mas que não afeta o bem jurídico, a não ser como potência de lesão futura"[11].

Em relação ao foco do estudo, tem relevância a descrição típica contida no § 2º, II do art. 1ª da Lei 9.613/1998, que dispõe acerca da colaboração para o cometimento do delito de Lavagem de Capitais. Vejamos:

> Art. 1º [...]
> § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem [...]

[8] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações...**, p. 75.

[9] CALLEGARI, André Luís. ***Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n. 9.613/98***. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 109.

[10] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de Dinheiro...**, p. 76.

[11] *Idem, ibidem.*, p. 76.

> II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundaria é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. [...][12]

Trata-se de tipo derivado que, conforme o entendimento de Marco Antonio de Barros, "não corresponde propriamente ao crime de lavagem, mas a um comportamento paralelo, que no seu desenvolvimento, colabora para a realização daquele delito"[13]. Na delimitação dos elementos normativos do tipo acima descrito, a associação deve ser entendida em acepção semelhante àquela conferida ao crime de associação criminosa e que em relação a escritório, cuida a lei de hipóteses de "profissionais que passam a cometer crimes tanto quanto seus clientes, para os quais operacionalizam negócios"[14]. O objetivo foi compreender o máximo de condutas que possam ensejar a prática do crime de Lavagem de Capitais.

A norma brasileira, ao prever a punibilidade de terceiros intervenientes na ação do lavador, pretendeu dar cumprimento às recomendações das Convenções de Viena, Palermo e Mérida, respectivamente nos anos de 1988, 2000 e 2003, consoante se extrai da leitura da Exposição de Motivos 692 do Ministério da Justiça:

> 42. Considerado como um ilícito que envolve pessoas físicas e jurídicas de múltiplas camadas, a punição da lavagem de dinheiro deve alcançar modalidades especiais de colaboração delituosa.
> 43. Assim sendo, a responsabilidade penal de quem participa de grupo, associação ou de escritório que sabe organizado para fim de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores é uma conseqüência natural da regra de incidência do art. 29 do Código Penal e do princípio da culpabilidade, que se extrai da dignidade

[12] BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens [...]. Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

[13] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações...**, p. 167.

[14] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 612.

> da pessoa humana (CF art. 1º, III) e da vedação da responsabilidade objetiva (CP, arts. 18 e 19).
>
> 44. Trata-se, no caso, de uma forma especial de concorrência que permitirá a imputação típica mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da lavagem ou de ocultação descritos pelo caput do art. 1º e do respectivo § 1º.[15]

Retomando a análise da capitulação descrita no § 2º, II do art. 1º da Lei 9.613/1998, registra-se a crítica da doutrina em razão do mesmo. Chama a atenção a sua incongruência e defende-se, até mesmo, a sua desnecessidade, uma vez que há previsão expressa no CPB acerca do concurso de agentes. André Callegarri realiza as seguintes considerações:

> O legislador brasileiro criou um dispositivo próprio para incriminar as pessoas que se vinculam, de algum modo ao delito de lavagem de capitais, porém ampliou demasiadamente a tipicidade das condutas previstas no tipo, desrespeitando os princípios que norteiam o concurso de pessoas. Note-se que a norma que incrimina a conduta leva em consideração tão somente o conhecimento do sujeito, não fazendo referência a qualquer outro requisito para sua incriminação como participante do delito de lavagem[16].

Na elaboração de Marco Antonio de Barros:

> O legislador quer que a lei sirva de instrumento eficaz para punir toda e qualquer forma de lavagem que possa existir; então a reprimenda destina-se a atacar, de forma muito abrangente e generalizada os integrantes de grupos, associações ou escritórios

[15] BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Exposição de Motivos 692 do Ministério da Justiça.** Relativa à Lei 9.613, de 03.03.1998. Brasília, dez 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao 1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view> Acesso em: 21. fev. 2018

[16] CALLEGARI, André Luís. **Lavagem...,** p. 106.

> que, em suas atividades, principais ou secundárias, executem operações ou transações ligadas ao crime de lavagem[17].

Em vista disso e tendo em conta que, no mais das vezes, "se interpõe várias pessoas entre o momento da decisão criminosa e o momento final de sua execução"[18], a interpretação a ser imprimida parte da aplicação dos regramentos do concurso de pessoas, previsto no art. 29 do CPB[19].

Dada a diretriz de que os princípios relativos à autoria e à participação criminal ainda cumprem um importante papel na evolução dos problemas que dominam a autoria no contexto empresarial, a questão sobre a qual se debruça o estudo diz respeito a identificar quando e em qual nível a omissão do Oficial de Conformidade pode ensejar a sua responsabilização criminal frente à Lei de Lavagem de Capitais.

Nesse contexto, Helena Lobo da Costa e Alamiro Salvador Netto, destacam a existência de um "déficit dogmático que pode gerar forte insegurança jurídica, principalmente ao se querer considerar omissões administrativas como fundamentadoras da participação omissiva"[20] nos fatos cometidos por terceiros. A partir dessa problematização, há que se dimensionar o espaço de atuação do Oficial de Conformidade. Badaró e Bottini afirmam que essa

---

[17] BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações...**, p. 166.

[18] SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. **Boletim da Faculdade de Direito,** Stvdia Ivridica 98, Vol. II, 2009/2010. Coimbra, p. 1005-1037.

[19] Código Penal brasileiro, art. 29: **"Art.** *29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § Io-Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 20- Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".* (BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Decreto-Lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2018).

[20] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 250, set. 2013., p. 3.

controvérsia acerca do limite punível deve ser solvida a partir da fixação de alguns critérios. No entendimento dos juristas:

> Para o delito de lavagem de dinheiro, essa operação dogmática é importante porque permite identificar e qualificar o comportamento dos diversos intervenientes no processo de mascaramento, em especial daqueles que colaboram com sua efetivação no exercício regular de suas atividades profissionais (gerentes de banco, advogados, contadores)[21].

Com a normatização do legislador brasileiro acerca do crime alvejante e suas posteriores modificações voltadas a mecanismos de controle, depara-se com um cenário de aumento de possibilidades quanto à responsabilização criminal, tanto de dirigentes e executivos de empresas e organizações financeiras, bem como de seus delegatários.

Assim, por estarem esses agentes confrontados com um rol de imposições derivadas da Lei 9.613/1998, há que se definir em que medida essas atribuições podem, em conformidade com o modelo de responsabilização criminal brasileiro, ensejar a imputação individual do fato típico previsto na Lei de Lavagem de Capitais decorrente de omissão e nos invólucros empresariais.

Em vista disso, passa-se a analisar, inicialmente, os requisitos para atribuição da responsabilidade criminal por omissão imprópria, para, posteriormente, confrontá-los com a descrição do disposto no § 2º, II, do art. 1º da Lei de Lavagem de Capitais.

3.2 Crimes omissivos

O debate acerca da definição de omissão, na teoria do delito, iniciou-se com a adoção do conceito de ação como categoria referencial e, a partir de então, buscou-se conceber a omissão, tendo como ponto de partida, a diferenciação entre ambos os conceitos.

---

[21] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de Dinheiro...**, p. 122.

No teor do ensinamento de José Danilo Tavares Lobato, compreende-se que "não há dúvidas de que o conceito de ação foi pensado antes do século XX, como uma categoria vinculada à sistemática jurídico-penal, no entanto, o conceito de ação não era o pilar central da Teoria do Delito"[22].

3.2.1 A relevância de uma acertada distinção entre ação e omissão para se aferir responsabilidade criminal

O início das discussões situa-se no segundo terço do século XIX, período em que preponderou o causalismo naturalista. Em uma acepção no dito recorte, "a omissão se contempla, em seu aspecto físico, com o nada, o não ser, e do nada surge"[23]. Consistia a omissão, segundo Franz Von Liszt, em não impedir o resultado[24]. Para Ernst Beling, em sendo a ação um comportamento corporal, a omissão era a inatividade corporal voluntária, contenção dos nervos motores, dominada pela vontade[25]. Temos, portanto, a omissão definida de modo negativo.

Como se verifica, as doutrinas naturalistas restringem-se à apreensão do fenômeno da ação como realidade de fato e objetiva, em que, de acordo com Luiz Luisi "não tem guarida o axiológico ou subjetivo"[26]. A partir do conceito de ação, buscava-se em relação à omissão uma causalidade real e verificável entre o fato e a conduta não praticada, em especial no que tange aos delitos impróprios de omissão a seguir estudados. A crítica feita respeita exatamente a essa

---

[22] LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 11, set./dez. 2012. p. 51-68.

[23] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito de Omisión: concepto y sistema. 2 ed. Buenos Aires: IB de F, 2010. p. 6-7.**

[24] LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Luís Jimenez. de Asúa. 3. ed. V. 2, Madrid: Reus. p. 297, apud LUISI, Luiz. O tipo penal..., p. 32.

[25] BELING, Ernest. **Die Lehre vom Verbrechen**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Sieber), 1906. p. 16, apud LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 11, set./dez. 2012. p. 25.

[26] LUISI, Luiz. **O Tipo Penal**..., p. 33.

impossibilidade de adequação da categoria omissão ao requisito movimento corporal, condição *sine qua non* para o conceito de conduta penal relevante, no século XXI.

No entorno da necessidade de uma fundamentação do castigo as omissões causadoras de determinados resultados, a doutrina passa a debater acerca da causalidade da omissão. De acordo com Silva Sánchez, Heinrich Luden foi o primeiro autor que, a partir da aceitação da ausência de uma causalidade natural na omissão, busca elaborar "uma fórmula que permita afirmar que, em determinados casos, a omissão causa o resultado"[27]. Luden sustentava que "o resultado criminoso é decorrência da ação realizada pelo omitente, enquanto este omitia a ação comandada pela norma"[28], sendo neste momento que se coloca, pela primeira vez "o problema da equiparação da ação com a omissão"[29].

Silva Sánchez esclarece que Julius Glasser foi o primeiro a se referir à noção de ação esperada, vindo a afirmar que a causalidade dentro da omissão estaria na ação imediatamente anterior à prática da ação positiva diversa daquela exigida[30].

Para Karl Binding, cujo conceito de crime pode ser resumido na expressão infração à lei penal, a ação era "a realização de uma conduta juridicamente relevante"[31]. Já na omissão, a causa do resultado seria a detenção dos nervos motores e psíquicos do agente, isto é, segundo Gimbernat Ordeig, "a ação interna que aplica o omitente para reprimir seus impulsos de executar a ação que teria

---

[27] LUDEN, Heinrich. **Abhandlungen aus em gemeinen teutschen Strafrechte,** t. 2. Gottingen: Vanderhoeck und Reuprecht, 1840. p. 219 e ss., apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 9.

[28] *Idem,*. **Abhandlungen...,** apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como modelo de ofensa a bens jurídicos. Stvdia Ivridica. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 185.

[29] *Idem,*. **Abhandlungen...,** apud BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios de Omisión.** Buenos Aires: Pannedille, 1970. p. 22.

[30] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito..., p. 10.**

[31] BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung:** eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Felix Mainer, 1914. p. 516 e ss., apud LUISI, Luiz. **O tipo penal...,** p. 34.

evitado o resultado"[32]. Por conseguinte, destaca Eduardo Novoa Monreal, "a contestação da vontade há que ser tida como causa do fato na Teoria da Interferência"[33].

Em momento posterior, Franz Von Liszt modificou sua percepção acerca da omissão, tendo deixado de percebê-la sob a perspectiva naturalística. Passou a concebê-la como "a não realização de uma ação esperada, único modo de poder equiparar a mesma com a ação causal"[34], o que justificaria a antijuridicidade da omissão.

De acordo com esse entendimento, na base da omissão encontra-se o dever de impedir o resultado, a ponto de equiparar o conteúdo da antijuridicidade presente no crime omissivo ao do comissivo.

Para Gustav Radbruch, "é inútil buscar os elementos da ação na omissão, porque esta consiste precisamente em negá-los; seu conteúdo se esgota na não realização de uma ação determinada'"[35], pois a ação e omissão são realidades opostas e autônomas, sem um ponto em comum. Por influência do neokantismo[36], o não agir transforma-se em omissão a partir do momento em que se contrapõe a uma ação determinada pelo ordenamento jurídico, isto é, a relevância da omissão afere-se a partir da normatividade.

---

[32] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La Causalidade en la Omisión Impropia y la Llamada "Omisión por Comisión".** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 10.

[33] MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los Delitos de Omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 10.

[34] LISZT, Franz von; SCHIMIDT, E. Lehrbuch des Strafrechts. Erster Band. Einleintung und Allgemeier Teil, 26 ed. Berlin, Leipzig, 1932. p. 71, apud SILVA SÁNCHEZ. Jesús-María. **EI delito...,** p. 13.

[35] RADBRUCH, Gustav. **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.** Berlin J. Guttentag, 1903. p. 158-173, apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 36-37.

[36] Importante referir as considerações de Juarez Tavares acerca do Neokantismo: *"Com o Neokantismo se inaugura, porém, uma outra fase de evolução política, em que a medida da individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma"*. (TAVARES, Juarez. **Teoria do Fato Punível.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 189).

Tanto as correntes causalistas naturalistas como as neokantianas deixaram de atribuir "centralidade ao conceito de ação; para essas correntes não a ação, mas a relação de causalidade foi a categoria central da formação da estrutura dogmático-penal do delito"[37]. Pontua Silva Sánchez que, para o neokantismo, a referência ao valor se converte em elemento constitutivo do entendimento de ação e omissão[38].

Em meados de 1930, ocorre a modificação do contexto até aqui desenhado. O surgimento da Teoria Finalista da Ação representa um marco paradigmático na Teoria do Delito. De acordo com Hans Welzel, "a ação humana é exercício de uma atividade final, um acontecimento final"[39].

O conceito finalista de omissão adota um ponto de vista ontológico[40]. A omissão não ostenta um caráter negativo, mas se apresenta como uma limitação de uma ação possível. Ou seja, omite-se quem deixa de realizar determinado ato tendo capacidade e vontade para tanto.

De acordo com Armin Kaufmann, uma omissão só deve ter-se como relevante quando todo o comportamento não puder ser perspectivado como uma ação. Sua contribuição foi a introdução do elemento capacidade de ação como o traço distintivo entre ação e omissão, refutando a existência de uma causalidade estrita entre omissão e resultado. Ele a organiza da seguinte forma:

> Capaz de ação é aquele que está em condições de dirigir um ato final; a capacidade de ação é finalidade potencial. Omitir significa, pois, algo mais que a negação de uma determinada ação; somente

[37] LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 11, set./dez. 2012. p. 54.

[38] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 16.

[39] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

[40] O vocábulo ontológico, frente as suas inúmeras acepções, é utilizado aqui como puramente ligado ao ser.

> a ausência de uma realização para a qual aquele permaneceu inativo é capaz de conceber-se como omissão[41].

Enrique Bacigalupo aponta que a crítica feita a esse entendimento é a de que "se o omitente não é causal em sua ação dado que a categoria da finalidade depende da causalidade, tampouco haverá omissões finais"[42]. Há uma dificuldade de se conceber o dolo omissivo como vontade de realização de determinado resultado.

Já o funcionalismo busca a estruturação da dogmática penal em função das decisões de política criminal livremente tomadas pelo legislador[43].

Claus Roxin refere a ação como uma manifestação da personalidade humana, conceito que abrange todas as formas de manifestação da conduta, em razão disso, "tudo o que no campo jurídico tem sentido qualificar como ações, sendo as ações dolosas e culposas manifestações da personalidade tanto quanto as omissões"[44].

Em relação à omissão, Claus Roxin entende que não basta o não fazer, pois a omissão penalmente relevante decorre de não fazer algo determinado, seja por causa de valorações sociais ou normativas[45]. Deste modo, nos delitos consistentes na infração de um dever passa-se a tratar de esferas da vida já conformadas juridicamente como as relações entre um gestor e seu mandante, entre o vigilante e o vigiado, entre advogado e cliente[46]. Dizendo-se de outro modo, Claus Roxin defende que até a omissão pré-típica é

---

[41] KAUFMANN, Amin. **Dogmática de los Delitos de Omisión.** Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 317.

[42] BACIGACULPO, Enrique. **Delitos Impropios de Omisión.** Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 44

[43] MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 64, p. 197-221, jan./fev. 2007. p. 205.

[44] ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Tradução de Diego Manuel Lujón *et al.* Parte general. Madri: Civitas, 2001.1.1, p. 255.

[45] *Idem, ibidem.,* p. 265.

[46] *Idem,* **Política Criminal** y **Sistema Jurídico-Penal.** Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 62.

pertencente a um só supraconceito de ação, e que "a omissão só chega a ser manifestação da personalidade por meio de uma expectativa de ação, pois, teoricamente, todos os dias podem ser feitas coisas peculiares"[47].

Claus Roxin ainda entende a omissão como uma manifestação da personalidade, que se dá por meio da não realização de uma ação esperada pela sociedade ou que a lei, penal ou acessória, obrigue sua realização. Para que se possa verificar a relação imputativa é preciso que se tenha como certa a possibilidade de o agente ter atuado[48].

Em relação ao argumento de que o conceito de ação pode ser capaz de viabilizar a análise do descumprimento de um dever ou expectativa de agir, opõe-se Fabio D'Avila:

> A única avaliação teleológica que interessa para a apreciação da omissão jurídico-penal consiste a avaliação propiciada pela tipicidade, resultando absolutamente despiciendas outras considerações de cunho valorativo. Nem sempre haverá o não atendimento de expectativas prévias àquela noticiada pelo tipo penal, o que, obviamente retira a possibilidade de identificar a omissão em uma dimensão pré-típica[49].

Desta forma, prossegue Fabio D'Avila afirmando que o conceito de ação "deixa de existir, como supraconceito, abandonando a sua dimensão pré-típica e, passando a ser absorvido pela própria tipicidade ou como mais um elemento do ilícito típico"[50].

Destacam-se cinco critérios diferenciadores da ação e omissão.

---

[47] *Idem.,* **Derecho...,** p. 257.

[48] *Idem.,* **Política criminal...,** p. 62-63.

[49] D'AVILA, Fabio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. *In:* FAYET JÚNIOR, Ney. (Org.) **Ensaios Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 279-304.

[50] *Idem, ibidem*., p. 298.

O primeiro, advindo de Liszt, refere-se ao do movimento corporal[51], o qual consiste em um ato natural e verificável empiricamente, de modo que ação é movimento e, a seu turno, a omissão é a não execução desse movimento.

O segundo é o da energia, de Karl Engisch, onde esses são os termos: há um desprendimento de energia na ação, e, inversamente, na omissão não se emana energia alguma[52]. Uma das finalidades da propositura desse critério é o de reforçar a ideia de que a omissão é subsidiaria à ação. Um dos exemplos que retrata a perda de força desse critério físico é descrito por Janaína Paschoal, qual seja, o da ortotanásia, em que "o desligar a máquina de que depende o paciente, é majoritariamente considerado omissão apesar de haver movimento corporal"[53], pois há uma negação à concessão de um tratamento médico.

Em continuação, o terceiro critério diferenciador é o da causalidade, o que significa dizer que haverá comissão sempre que se desenvolver um processo causal material que produza um resultado típico, sendo suficiente para a aferição da omissão a ausência de nexo causal entre a conduta e o resultado. Opostamente, o argumento que se coloca é o de que "embora a omissão não tenha causalidade natural, o comportamento do omitente poderá ser causal, isto é, enquanto o sujeito omite o dever de agir, pode realizar inúmeras condutas causais"[54].

O quarto critério é o da orientação pelo resultado, onde, imputa-se, como elemento essencial da ação, a causação do resultado, ou seja, "a colocação do bem jurídico numa situação

---

[51] *Idem.,* **Ofensividade e Crimes Omissivos...,** p. 204.

[52] ENGISH, Karl. Tun und Unterlassen. *In:* **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70.** Geburststag; Berlin; New York, Gruyter, 1973. p. 167 apud D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos..., p. 205. Ver ainda: TAVARES, Juarez. **As Controvérsias em Torno dos Crimes Omissivos.** Rio de Janeiro: Instituto Latinoamericano de Cooperação Penal, 1996. p. 43-44.

[53] PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 2011. p. 27.

[54] D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos...,** p. 206-207.

pior"[55], enquanto a omissão, a verdadeira não evitação do resultado, importaria "a ausência de melhora da condição do bem jurídico"[56].

Frente ao recorte, demonstra-se pontual e necessária a precisa observação de Juarez Tavares: "esse critério é mais um critério de imputação do que de diferenciação, além disso a circunstância do aumento do risco ou da não diminuição das chances de salvamento resulta ser a mesma, apenas sob duas facetas"[57].

Fala-se, com acerto, que se trata de um critério de imputação, porque há uma avaliação prévia dos efeitos gerados pela manifestação do agente, antecipando-se o exame da conduta do mesmo.

O quinto critério doutrinário consiste no ponto de gravidade da conduta penalmente relevante. Busca-se a diferença entre a ação e omissão no plano normativo, isto é, aferindo-se a distinção do sentido social da conduta, em vez de fazê-lo com base em critérios objetivos materiais. Frente à interpretação de Juarez Tavares, "ele violaria o princípio da legalidade porque afirma que, para a identificação da omissão em face da comissão, o que vale não é o que está escrito na lei como um dado objetivo, senão o contrário, uma valoração de ordem social"[58], em relação a tal parâmetro não estabelecer o modo como se verifica esse sentido social, tornando-se assim, indeterminado.

Fábio D'Avila sustenta que "o critério do ponto de gravidade apresenta-se como apto a obter uma resposta coerente com a natureza distintiva da ação e da omissão, tendo este, como ponto de partida, uma pergunta de valor"[59] que tenha como referência a norma violada. Propõe "uma operação de aproximação do fato com a norma, mediante a interpretação jurídica do sucesso em sua feição

---

[55] SANSOM, Erich. Begelung und Unterlassung. *In:* **Festschrift für Hans Welzel zum 70.** Geburststag; Berlin; New York, Gruyter, 1974. p. 592 e segs. apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos...,** p. 210.

[56] *Idem, ibidem.,* p. 210.

[57] TAVARES, Juarez. **As Controvérsias...,** p. 52.

[58] *Idem, ibidem.,* p. 50.

[59] D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos...,** p. 211.

natural"[60]. Defende, portanto, que se confira ao ponto de gravidade uma leitura de enfoque normativo.

Importante trazer à baila a posição de Jakobs, para quem a distinção entre ação e omissão é superficial. Fundamenta o seu pensar na categoria de status geral, proposta por Hegel em seu escrito denominado "Princípios da Filosofia do Direito", cuja composição é "seja uma pessoa e respeite aos outros como pessoa"[61]. Fundamentado em referida premissa, Jakobs elabora a seguinte proposição:

> [...] os limites da liberdade de configuração são um produto social. As regras sobre a configuração do mundo exterior designam, portanto, o status geral de qualquer membro da sociedade, o papel de todos em contraposição ao seu papel especial do titular de status específico. Esse status geral é o status mínimo que é possível imaginar: seu conteúdo consiste em ter que respeitar ao outro em seu direito e em ser respeitado pelo outro no seu próprio direito. Tanto se trata do status geral como do especial, o fundamento da responsabilidade é sempre a lesão das regras do status. Em consequência, não haveria nada mais errôneo que a suposição de que ambos os fundamentos da responsabilidade pertencem a diferentes mundos sociais[62].

Essa concepção traz, como referente da responsabilização criminal, a lesão às regras estatais em sua totalidade. Não há diferença na avaliação do comportamento violador do status geral, status esse que determina o risco permitido, dentro do qual o sujeito pode conformar sua conduta livremente.

---

[60] *Idem, ibidem.*, p. 212-213.

[61] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** 2. ed. São Paulo, ícone, 2005. p. 45. Importa referir que, *"para Hegel, o Estado é a realidade efetiva da vida ética: essa vida se realiza, enquanto vontade substancial que executa o que sabe, na medida em que o sabe. Assim o Estado é o lugar da racionalidade. É a máxima consciência da sociedade e, portanto, deve ser sério em suas ações"*. (PIRES, Cecilia Maria Pinto Pires. **Reflexões sobre Filosofia Política.** Santa Maria: Pallotti, 1986. p. 95-96).

[62] JAKOBS, Günther. **Ação e Omissão no Direito Penal.** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 35.

Em verdade, a procura por um caráter ontológico na omissão merece ser abandonada por não se compatibilizar com a natureza normativa desse instituto, sendo impensável verifica-lo "sem pressupor a norma impositiva de agir"[63].

Para Cláudio Heleno Fragoso, a omissão não se constitui em um sinônimo de inação ou de inercia, mas genuinamente "um conceito necessariamente normativo, mesmo quando se considera o comportamento juridicamente indiferente"[64]. Assim diz Heleno Fragoso:

> Omissão não é inercia, não é não fato, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer; mas sim não fazer algo que o sujeito podia e devia realizar. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar[65].

Reconhecida a relevância penal da omissão a partir da conduta do sujeito em referência a uma norma de cunho mandamental e da possibilidade de sua realização, cumpre examinar os traços característicos da omissão imprópria, bem como seus elementos estruturantes.

3.2.2 Tipos omissivos próprios e impróprios: a não observâcia de uma conduta esperada e a violação de impedir o resultado

Preliminarmente, e para fins da delimitação da lógica aqui exercida, corroboramos com as ideias e conceituações defendidas por Ilana Martins Luz, de que os crimes omissivos próprios "consistem em omissões violadoras de prescrições estatais

---

[63] MANTOVANI, Fernando. **Diritto Pénale:** parte generale. 4. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 137, apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes...**, p. 187.

[64] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982. p. 44

[65] *Idem, ibidem.,* p. 44.

específicas, positivadas como forma específica de tutela de bens jurídicos. Nos crimes omissivos próprios, o sujeito tem uma obrigação principal de agir"[66].

Ao passo em que, os crimes omissivos impróprios são alicerceados a partir da figura e critério do garantidor, que será melhor analisado em tópico futuro[67]. Entretanto, dita figura deve possuir "uma especial relação com o bem jurídico protegido, tem um dever específico de agir para evitar a produção de um resultado lesivo evitável sob pena de responder pela produção deste"[68].

Para uma melhor compreensão, citamos Heinrich Luden, que de acordo com Luiz Luisi[69], foi o primeiro a proceder uma diferenciação entre crimes omissivos em sentido próprio e crimes cometidos por intermédio de uma ação omissiva.

Os primeiros descritos eram entendidos como aqueles em que "o agente se limita a não cumprir um dado mandamento de ação, sendo o agente punido por isso mesmo e de modo independente face à verificação ou não de qualquer resultado ilícito"[70], ou seja, delitos de mera inatividade, para os quais bastava a violação de um dever imposto pela lei, independentemente da lesão a um direito subjetivo alheio.

A seu turno, os segundos, "consistiam na violação de uma norma proibitiva, destinada a obviar à lesão de um direito subjetivo de outrem"[71]. Baseavam-se na ideia de que a existência de um determinado resultado, poderia conferir à omissão, contornos de ação.

---

[66] LUZ, Ilana Martins. ***Compliance* e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 200.

[67] Ver tópico: 4.1 REGRAS QUANTO ÀS RESPONSABILIDADES PESSOAIS: O GARANTIDOR E O SEU PAPEL. p. 105.

[68] *Idem, ibidem., p. 200.*

[69] LUDEN, Heinrich. **Abhandlungen aus em gemeinen teutschen Strafrechte,** t. 2. Gottingen: Vanderhoeck und Reuprecht, 1840. p. 219 e segs., apud LUISI, Luiz. **Os princípios...,** p. 99.

[70] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura:** em especial a questão da determinabilidade. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 47.

[71] *Idem, ibidem.,* p. 47.

August Otto Krug buscou apartar o problema causal da obrigação de evitar o resultado[72]. Pontuou que a omissão, isoladamente, não é causa de um resultado, porém "a conexão entre a omissão e o resultado se dá se o omitente, mediante um ato anterior, tenha aceitado o dever, como conteúdo de uma função ou como uma promessa privada, ou financiada por sua própria solicitação de evitá-lo"[73], sendo este resultado determinado.

Deve-se a Julius Glasser a construção de duas categorias de delitos impróprios de omissão: "quando o próprio omitente se coloca na posição de evitar o resultado e quando tem o dever de evitar o resultado por tê-lo aceitado como consequência de um contrato ou de um cargo"[74]. Para Enrique Bacigalupo, Julius Glasser concebeu o fundamento da ação esperada, teoria que posteriormente seria refutada veementemente por Karl Binding, para quem "o que vem a construir o momento causal da omissão imprópria não é a ação esperada, mas a contenção de vontade", fundando, assim, a Teoria da Interferência[75].

---

[72] KRUG, August Otto. **Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen:** Abhandlungen aus dem Strafrecht. Goldbach: Keip, 1855 apud FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Teoria da Imputação Objetiva:** aplicação aos delitos omissivos no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Pilares, 2010. p. 82.

[73] GLASSER, Julius. Abhandlungen aus dem Osterreichischen Strafrecht, 1858. p. 303 e 307, apud BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios...,** p. 23-24.

[74] *Idem, ibidem.,* p. 24.

[75] BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertrentung. Leipzig, 1914,1.1 e II. p. 516 e segs, apud BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios...,** p. 24.. As teorias da causalidade que tiveram mais destaque foram: a) a Teoria da Equivalência das Condições (elaborada por Glaser e desenvolvida por Von Buri na segunda metade do séc. XIX), segundo a qual o nexo causal deve ser aferido a partir da supressão mental do suposto causador do evento, de modo que, se após a realização desse juízo hipotético de eliminação (que pode, inclusive, ensejar o regresso ao infinito), o resultado persistir, a ocorrência do resultado não pode ser imputada àquele agente; b) a Teoria da Causalidade Adequada/Teoria da Adequação (elaborada pelo médico Von Kries e desenvolvida por Ludwig Von Bar) que exclui a causalidade jurídica de tudo o que não pertence às regras da vida, de modo que a adequação do comportamento importa fazer uma análise prévia de todas as condições existentes ao tempo da ação que fossem possíveis de serem conhecidas, e c) a Teoria da Relevância Jurídica/Teoria da Causa Relevante (desenvolvida por Mezger), cujos preceitos são os seguintes: a relação causal, por si só, não pode fundamentar a responsabilidade pelo resultado, sendo necessária, ainda, a relevância jurídica do nexo condicional. Seguem-se Binding (Teoria do equilíbrio) e Beling (Teoria da Adequação ao Tipo). Todas foram refutadas no início do *século* XX (FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. FLORENCE,

A partir do abandono das teses causais pela verificação de que não há relação causal entre o sujeito e o resultado[76], desenvolveram-se outros critérios para a distinção entre a omissão pura ou própria da impura, imprópria ou também conhecida por comissão por omissão. André Lamas Leite destaca a existência de três critérios, a saber: o tradicional, o normológico e o tipológico. Segundo o critério tradicional, nos tipos omissivos impróprios haverá crime "quando não observada a conduta esperada isso conduzir à efetiva produção do resultado que se pretende afastar"[77]. De outro modo, em relação à omissão própria, sua configuração está descrita pelo legislador, cuja consumação se dá pelo seu não cumprimento[78].

Dito entendimento perde alento na medida em que no atual momento da teoria do crime, o resultado naturalista já não tem o mesmo significado, pois, hoje consiste apenas em mais uma forma de manifestação da ofensividade[79].

Pelo aspecto da norma, o que importa para que se proceda a uma distinção é a natureza da norma violada: se for preceptiva, trata-se de omissão pura. Já em caso de norma proibitiva, o crime perpetrado é comissivo por omissão. Trata-se de uma diretriz vaga, que não fixa a substância do limite do agir ou não agir do indivíduo.

Para Juarez Tavares, a esse juízo crítico deve ser adicionado o critério sujeito, ou seja, que adota a pessoa do agente como característica distintiva para resolver casos mais complexos[80]. Em particular, haverá crime omissivo sempre que "a não realização possível implique, por si mesma, a violação de uma norma mandamental"[81], ao passo que a omissão imprópria terá lugar

---

Ruy Celso Barbosa. **Teoria da Imputação Objetiva:** aplicação aos delitos omissivos no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Pilares, 2010, p. 95-108).

[76] BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios...,** p. 167.

[77] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 51.

[78] *Idem, ibidem.,* p. 51.

[79] D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos...,** p. 227.

[80] TAVARES, **As Controvérsias...,** p. 63.

[81] *Idem, ibidem.,* p. 72-73.

sempre que a não concretização da ação possível, por um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do um dado resultado, no mesmo grau da sua produção em caso de uma ação.

Sob o enfoque tipológico de Armin Kaufmann, a diferenciação parte da existência de previsão legal: dizem-se próprios aqueles crimes omissivos que encontrem na lei a exata previsão de sua realização, e impróprios aqueles em que o tipo penal não referisse prática por meio de modalidade omissiva[82].

Sobre o recorte anterior, a omissão não ostentando um caráter negativo, mas apresentada como uma limitação de uma ação possível, omitiria-se quem deixou de realizar determinado ato mesmo tendo capacidade?

Kaufmann nega que no não agir exista um dolo, bem como não admite diferenças entre o dever de agir relativo aos delitos próprios e aquele referente aos impróprios, pois ambos estariam voltados à evitação de um resultado[83].

O critério lógico-objetivo elaborado por Schünemann utiliza-se de um elemento material para proceder à distinção, qual seja, a equiparação da omissão aos crimes comissivos. De modo que impróprias são todas aquelas omissões que, na visão do Direito Penal, forem equiparáveis à realização por ação[84]. Por exclusão, serão próprios os crimes omissivos onde não puder ocorrer essa equiparação.

Retomando-se ao exame do juízo tipológico, André Lamas Leite assegura que esse critério surge juntamente com a Teoria do Garante ou *Garantenlehre* de Johannes Nagler, pois ele "privilegia a caracterização da omissão impura como a única em que se exige uma posição de garantia impendente sobre o agente, realizando-se

[82] KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los Delitos de Omisión...**, p. 319.

[83] MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los Delitos de Omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984., p. 14.

[84] D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes...**, p. 218.

o seu preenchimento por recurso a critérios materiais"[85]. O diferencial é a existência da posição de garante, condição da qual decorre a exigibilidade de que o omitente direcione-se a obstar um evento lesivo. Sob esse enfoque, são crimes omissivos impróprios todos aqueles que se fundamentam na existência de um dever garantia.

No entender de Fabio D'Avila, o critério do tipo penal apresenta-se útil justamente por não limitar o conteúdo material do crime omissivo, cujo desenvolvimento dogmático está em plena construção. Salienta, ainda, que sem desconsiderar a observação de Kaufmann, segundo a qual "os mandatos de evitar o resultado também possam servir de base para delitos de omissão própria"[86], frisa que a teoria do garante foi elaborada exatamente para justificar a punibilidade da omissão imprópria, conferindo-lhe contornos mais nítidos exatamente face a inexistência de um tipo específico.

A lei penal, em se tratando de delitos omissivos impróprios, não esgotaria o rol das diversas modalidades das obrigações de cuidado independente do quanto minuciosa venha a ser, portanto, não há de se falar em estrutura teórica irretocável, com base lógica e máxima aplicação verificável, como se tem nas ciências exatas.

Outro ponto que merece destaque é a posição tomada por Claus Roxin, que sustenta que a omissão pura admite, apenas, a comissão por omissão, ao passo que a impura admite a comissão e a omissão. Para o doutrinador, na omissão imprópria, "a punição decorre de um estado de fato de ação e de aplicação da respectiva moldura penal, existindo, por isso, um tipo legal equivalente na modalidade de atuação positiva"[87]. O dever de garante aparece tão somente na comissão por omissão.

Há que se fazer referência, ainda, à posição de Silva Sánchez, que, além das duas modalidades omissivas referidas, que denomina

---

[85] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 54.

[86] KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los Delitos de Omisión...**, p. 319.

[87] ROXIN, Claus. **Derecho Penal...,** p. 632 e ss.

de omissão por um dever geral de atuar e de omissão por vulneração de um dever qualificado de atuar, adota o doutrinador uma terceira categoria, a denominada omissão pura de garante. Propõe uma tripartição dos delitos de omissão, sob os seguintes argumentos:

> Existem, de um lado, delitos de omissão idênticos à comissão ativa (para os que haveria de ser reservar a terminologia de comissão por omissão ou omissão impropria). Estes se assentam na ideia de responsabilidade por organização ou, em outros termos, domínio do risco. Em outro extremo existem delitos simples – próprios de – omissão, nos quais se castiga a infração de deveres de solidariedade mínima. Enfim, em nível médio, existem delitos de omissão agravados não idênticos à comissão ativa, que se baseiam na responsabilidade pela infração de deveres de solidariedade qualificada (derivados de instituições concretas). Dita tripartição tem, em sua base, a ideia de que a diferença entre delitos de omissão que expressam infrações de dever de solidariedade mínima (uma instituição ao fim e ao cabo) e aqueles que expressam infrações de deveres de solidariedade qualificada, está na densidade do vínculo institucional que recai sobre o sujeito[88].

Na esteira do entendimento de André Lamas Leite, não se verifica vantagens na inclusão de mais uma categoria além das já referidas, omissão pura e impura, pois a denominada omissão pura de garante poderia incluir-se em quaisquer daquelas, "consoante o núcleo das obrigações fosse geral ou especial"[89].

Os crimes omissivos puros consistem na desobediência a uma norma mandamental, norma que determina a prática de uma conduta que não é realizada. Nos delitos omissivos puros, questionar-se a causação do resultado tem o fim único de delinear a mensuração da sanção penal, de modo que se faz necessária a realização de um juízo hipotético de acréscimo, o que significa perquirir sobre o que ocorreria caso o agente não tivesse se omitido. Nesta trilha, *em caso positivo, verificando que a conduta omissiva do*

[88] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 477-478.

[89] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 55.

agente foi irrelevante, pois, se tivesse agido, não teria obtido êxito, não se podendo vincular a ocorrência do resultado à omissão praticada, hipótese em que não há a incidência da majoração da lei. Em caso contrário, atribui-se, por imposição legal, a majoração da pena.

Já nos crimes omissivos impróprios, que são delitos de resultado, há a imposição do dever de atuar, mas *a obrigação de agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento.* Aponta Heleno Fragoso que, sem a existência de relação de causalidade natural, *"o que dá vida ao ilícito é, pois, a violação do dever de impedir o resultado"*[90]. Juarez Tavares assevera que os crimes omissivos impróprios são *"crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral"*[91].

A esses sujeitos relacionados de modo especial, com determinados interesses jurídicos, dá-se a designação de *garantes* ou *garantidores. Em nosso recorte, Garantidor Delegado ou Compliance Officer.*

3.2.3 Sobrecriminalização e inflação dos delitos omissivos como tentativa de resolução da problemática da autoria no Direito Penal Econômico

A expressiva inflação das hipóteses de criminalização do não agir ou não fazer algo devido não é acontecimento isolado na história da sociedade. Dito acontecimento tem seu advento bem delimitado. Nessa perspectiva, Renato de Mello Jorge Silveira critica uma visão positivista de análise científica do Direito Penal, segundo a qual existiria uma política criminal atemporal, desvinculada da

[90] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 230.

[91] TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 312.

temporalidade ou das sociedades que a determinam[92]. O Direito, governado pelo paradigma positivista, limitava-se tão somente pela norma legal. Contudo, a complexidade do mundo contemporâneo determina um retorno à universalidade. As intersecções entre Direito e Economia, próprias da sociedade globalizada, são a marca distintiva do Direito Penal da atualidade[93].

A transformação de um Direito Penal fundado no paradigma de responsabilidade individual para um Direito Penal empresarial e coletivo, cuja problemática recai em estruturas hierárquicas de poder, está na pauta da ordem do dia da dogmática penal econômica[94]. Tal passagem altera, de maneira significativa, o modo pelo qual se atribui responsabilidade em matéria penal. A dificuldade de controle dos atos praticados por empregados e colaboradores, muitas vezes recobertos pelo anonimato da burocracia empresarial, importa agora em uma maior atribuição de deveres de vigilância e controle de riscos nos invólucros empresariais. A opção pela via da omissão, nesse diapasão, aparece como tentativa de resolução de problemas de autoria no âmbito do Direito Penal Econômico[95].

A fragmentação dessas obrigações, no entanto, não pode admitir a responsabilização solidária, na qual várias pessoas são imputadas pela prática de fato comum, pela simples posição hierárquica que ocupam no seio de uma organização empresarial ou em outra de tal modo complexa. Tampouco o Direito Penal poderá admitir a eventual responsabilização objetiva, uma vez que se exige para caracterização de um delito omissivo impróprio, além do dever e o seu respectivo poder de agir nas circunstâncias, o elemento

---

[92] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 19.

[93] *Idem, ibidem*., p. 19.

[94] *Idem, ibidem.*, p. 25.

[95] *Idem, ibidem.*, p. 22.

subjetivo. A questão posta versa sobre como lidar com um Direito cada vez mais pautado em um não agir[96].

Tal escolha de política criminal abre um extenso rol de possibilidades de imputação penal ao garante e/ou ao seu delegado. Elencamos, apenas a título didático: as realidades do *Compliance*, a responsabilidade criminal de gestores empresariais, as decisões de órgãos colegiados que causam resultados previstos como crimes, delitos cometidos por subordinados sob a vigilância de superiores hierárquicos etc, podendo amoldar-se ditas condutas ao crime da Lavagem de Capitais, Lei 9.613/1998, o nosso foco de estudo.

A atual e forte tendência da administrativização do Direito Penal, marcadamente encontrada em regulamentações administrativas em matéria tributária, fiscal, ambiental e entre outras, em que a inobservância de tais previsões normativas e infra legais pode caracterizar uma conduta amoldada a um tipo penal, e a atribuição de determinados papéis específicos a certos agentes dentro de um cenário econômico, a fim de garantir o cumprimento de regras regulatórias, impõem à realidade contemporânea a suposta necessidade de recorrer, em excesso, à responsabilização penal pela via omissiva[97].

Juarez Tavares propõe a previsão expressa dos delitos omissivos na parte especial do Código Penal brasileiro, nos moldes já adotados em relação aos delitos culposos. Para o professor:

> A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição por omissão. Só desta forma poder-se-ia satisfazer ao sentido do empreendimento de afirmar que a omissão de

[96] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 23.

[97] *Idem, ibidem*., p. 47.

> determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito[98].

O emprego da técnica das omissões impróprias no Direito Penal contemporâneo esbarra, no entanto, em alguns problemas de cunho dogmático e da citada política criminal. Dentre eles estão: a questão da legitimidade de tal forma de incriminação[99], dado que recorre a construções marginais ao princípio da legalidade; as variadas formas de imputação e os diferentes critérios dogmáticos de atribuição da responsabilidade, que não encontram unanimidade na doutrina e na jurisprudência; e o risco de atribuição de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal, dada a divisão da vigilância e controle de riscos nos ambientes empresariais.

Em um Estado social e democrático de Direito, a dogmática deve ser um instrumento imperativo para manter o Direito Penal sob controle, para que os crimes e as penas não ultrapassem as ambições do poder legislativo, a fim de que se criem leis penais com segurança jurídica.

O recurso à omissão aparece como reconhecimento da expansão do direito repressivo na continuação do que foi o incremento das formas de perigo abstrato, em meados dos anos 2000. Fazem parte do movimento de antecipação da tutela penal, com a finalidade de prevenir riscos genéricos a qualquer custo. Juntamente com Renato de Mello Jorge Silveira, acredita-se que a omissão se colocaria em um estado ainda mais prévio que ao do perigo abstrato[100].

O atual Direito Penal reivindica para si a capacidade de controle universal sobre a sociedade e seus problemas, passando ao largo dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima[101].

---

[98] TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes...**, p. 313.

[99] *Idem, ibidem*., p. 30 e ss.

[100] SILVEIRA, **Direito penal empresarial**..., p. 49.

[101] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010. p. 587.

Por esse motivo, não seriam suficientes apenas condutas ativas proibidas. Protesta-se pela criminalização do simples deixar de fazer algo para prevenir potencial conduta lesiva futura[102]. No âmbito do Direito Penal econômico, isso se mostra patente no estabelecimento de deveres de vigilância a agentes do sistema financeiros[103].

De modo geral, uma via dupla de sobrecriminalização e expansão por parte do sistema penal pode ser verificada: a primeira e direta, decorrente do aumento da incidência típica e pelo incremento quantitativo de tipos penais de perigo ou omissivos; e a indireta, por meio da imputação pela via da omissão imprópria[104]. Além da propagação quantitativa, a expansão do Direito Penal também se manifesta qualitativamente[105].

A preocupação aqui divulgada passa por esses dois campos: em um primeiro período, como enfrentar a construção do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios frente ao Estado Democrático de Direito; em um segundo, como limitar as formas de imputação por meio dos princípios do Direito Penal garantista. É certo que há, como destaca Selma Pereira de Santana, "uma certa tensão entre os ideais de garantia e eficiência"[106]. Conclui Juarez Tavares:

> Está claro que, se o conceito de omissão, em seus momentos de construção, decorre do conceito de ação e este só adquire relevância com o conceito de tipo, é por demais consequente que reflita, também, os mesmos elementos de crise que aquele conceito possa gerar: decidir se trata de um dado ser, ou de um dado normativo, se está construído a partir de uma estrutura empírica, ou se basta como

---

[102] SILVEIRA, **Direito penal empresarial**..., p. 50.

[103] ROXIN, Claus. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 112, 2015. p. 62.

[104] SILVEIRA, **Direito penal empresarial**..., p. 51.

[105] Raul Chaves, manifestando-se sobre a reforma do Código Penal Brasileiro, no ano 1978, já alertava para a expansão, vícios e contradições, muitas advindas do Direito Penal Econômico. (CHAVES, Raúl. Descriminalizações e despenalizações no Direito Penal positivo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59 jul/set. 1978. p. 175).

[106] SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de 'garantia', 'eficiência' e 'funcionalidade'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005.

> uma relação proposicional. A crise dos delitos omissivos, portanto, não pode ser outra senão a crise da própria teoria do delito. Mas essa crise é também dogmática, não apenas uma crise no âmbito da validade e da legitimidade dessa forma do fato punível. Isso porque uma crise de legitimidade irá necessariamente se refletir em um momento de instabilidade dogmática[107].

Por decorrência do raciocínio desenvolvido, parece-nos que o grande problema dessa discussão reside no fato de que as questões sobre os crimes omissivos estão em torno do significado da omissão como conduta punível.

3.3 Omissão imprópria e tipicidade: o dever de garante como elemento fulcral do tipo

Na lição de Juarez Tavares, o tipo penal omissivo impróprio é composto, quanto às suas dimensões objetivas, de uma inação, da real possibilidade de atuar e da situação típica omissiva[108].

A *inação* consiste na ausência da ação devida, de uma abstenção que acaba por violar a norma preceptiva[109].

A *real possibilidade de atuar* é elemento estruturante aferível na especificidade do caso concreto. Perquire-se se o sujeito, deliberadamente, deixou de praticar aquilo que lhe era determinado pela norma se, inversamente, não lhe foi possível ter agido de tal maneira, quando não se irá falar em conduta típica, pois ausente elemento essencial para a conformação do tipo[110].

A *situação típica omissiva* constante do tipo constitui-se em uma *"expressão do conflito social que o Direito quer regular através da determinação de condutas"*[111].

---

[107] TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**..., p. 35.

[108] *Idem.,* **As Controvérsias...,** p 75-77.

[109] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: **parte geral: questões fundamentais – a doutrina geral do crime**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 928.

[110] TAVARES, Juarez*,* **As Controvérsias...,** p 75.

[111] *Idem.,* **Teoria...,** p. 355.

Nesse contexto, debate-se sobre a possibilidade de se utilizar da Teoria da Imputação Objetiva[112] para a aferição da vinculação entre a omissão e o resultado, a partir da conexão do risco proibido penalmente relevante. O resultado deve ser imputado ao causante, preenchendo a tipicidade objetiva quando *"esse comportamento criou um risco não permitido para o objeto da ação; o risco se realizou no resultado concreto, e o resultado se encontra dentro do alcance do tipo"*[113].

No dizer de Figueiredo Dias, o problema da imputação objetiva do resultado ao omitente se resolveria a partir da conexão do risco: a ação esperada deve ser tal que diminua o risco de verificação do resultado típico[114]. Para Figueiredo Dias, a probabilidade de que o resultado ocorra não precisa ser certa, basta que seja aferida em um grau de probabilidade que se aproxime da certeza[115], pois, do contrário, não se incentivaria a possível salvação de bens jurídicos. A adoção desse entendimento, partilhado por André Lamas Leite[116], leva à conclusão de que, fora dessas circunstâncias, não pode a ordem jurídica impor qualquer obrigação ao agente.

Roxin defende que o resultado não deve ser imputado se a diminuição do risco aparece como possível por meio de uma valoração *ex ante,* mas já o será, segundo uma valoração *ex post* se comprovar que aquela diminuição teria se verificado efetivamente[117].

Outros, como Stratrenwerth, entendem que o que se deve comprovar é que a ação teria *diminuído o perigo* de atingir o bem jurídico, de modo que a dúvida deve ser valorada a favor do

---

[112] Segundo Callegari, *"esta teoria reconhece as suas origens na teoria da relevância, e seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da realização entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais".* (CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva...**, p. 19).

[113] *Idem, ibidem.,* p. 20.

[114] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal...,** p. 930.

[115] *Idem, ibidem.,* p. 931.

[116] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 105.

[117] ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 3. ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998. p. 238.

omitente, *in dúbio pro reo*[118]*,* sendo imprescindível a verificação de uma real possibilidade de escolha do obrigado[119].

Em relação *ao poder de atuar* como impossibilidade de agir e tendo como exemplo a coação física irreversível, no entendimento de Juarez Tavares, *"não se pode falar em omissão penalmente relevante; nem mesmo de omitente, porque faltou ao sujeito a própria vontade, e sem vontade não há ação ativa ou passiva"*[120]. Sem condições reais para intervir em uma situação concreta não há omissão penalmente relevante.

Quanto à *evitabilidade do resultado,* há que se verificar se a realização da conduta deu causa a tal resultado. A obrigação de evitar o resultado deve ser lida como "a ação adequada a evitar o resultado, o que, de modo algum, significa que a necessária verificação do resultado possa ou deva ser reduzida à categoria dogmática *"condições objetivas de punibilidade"*[121].

Sintetiza Mir Puig que o tipo omissivo impróprio traz, em si, a mesma estrutura que o de omissão pura: situação típica; ausência de uma determinada ação e a capacidade de realizá-la; as quais *"devem ser complementadas com três elementos particulares necessários para a imputação do fato: a posição de garantidor, a produção de um resultado e a possibilidade de evita-lo"*[122].

Aponta Juarez Tavares que, desde a Teoria da Posição de Garantidor de Nagler, percebeu-se que, nesses delitos, *"além dos demais elementos que compõem a omissão, dever-se-ia inserir, como complemento de sua tipicidade também a posição de garantidor"*[123].

---

[118] STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal: parte general (el hecho punible)**. Tradução de Manuel Cancio Melia e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005. p. 304, apud LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**.104.

[119] *Idem, ibidem.,* p. 160.

[120] TAVARES, Juarez. **As Controvérsias...,** p.75.

[121] CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões críticas sobre a omissão..., p. 486.

[122] MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal:** fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 275.

[123] TAVARES, Juarez. **Teoria...,** p. 315.

É, portanto, elemento específico da omissão impura: o dever de evitar o resultado com base na posição de garantidor do agente[124].

A posição acima referida consiste em *"uma situação fática em que alguém tem a obrigação de atuar afim de obstar a consecução do resultado, a uma posição de garante corresponde o respectivo dever"*[125]. Com efeito, explicita Damião da Cunha:

> Não existe um dever de garantia 'em geral', existem concretos deveres de garante que dependem do próprio dever: o âmbito do que se protege depende não só das qualidades de quem deve proteger, mas também de quem deve ser protegido ou ainda da razão por que se protege[126].

Como a conduta omissiva impura não possui descrição no tipo, a afronta ao princípio da reserva é sempre uma questão pendente, uma vez que existe a necessidade de se fazer uso da cláusula de equiparação.

Luisi afirma que, em razão dessa dificuldade, a doutrina penal procurou conformar *"as exigências de justiça material de incriminação de certas omissões não impeditivas de graves resultados típicos, com o postulado da prévia legalidade"*[127], especialmente na vertente da taxatividade, *lex certa*. A solução encontrada pela doutrina alemã *"foi a de entender a omissão como violação de um dever de agir imposto pela ordem jurídica [...], ou seja, pressupõe que o omitente seja o garantidor da evitação do evento"*[128], obrigação essa calcada no ordenamento jurídico.

---

[124] *Idem,*. **As Controvérsias...,** p.79.

[125] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 107.

[126] CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs). ***Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 481-539. p. 482-483. Disponível em: http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/12742. Acesso em: 27 jan. 2018.

[127] LUISI, Luiz. **Os Princípios...,** p. 100.

[128] *Idem, ibidem.,* p. 102.

Verifica-se, pois, que os esforços dogmáticos direcionaram-se a conferir à ideia do dever de garantia um *conteúdo útil e* limitar seu âmbito o quanto possível, pois as incertezas *"se refletem na tipicidade, categoria na qual tais dúvidas não podem ou não devem existir"*[129]. Desse modo, estabeleceu-se como pressuposto que o dever de agir é um dever jurídico. Nas palavras de André Lamas Leite:

> O dever de garante é elemento fulcral do tipo de ilícito objetivo dos crimes impróprios de omissão, assim o inadimplemento de um dever de garante já é um sinal de desconformidade (verificada em termos do 'homem médio da posição sócio-existencial do agente') do non faceré do omitente em relação ao dever ser jurídico penal[130].

Por dever jurídico, na precisa delimitação de Damião Cunha, deve-se entender *"o dever que, independentemente de sua fonte, tem de assentar numa relação de confiança suscetível de produzir efeitos jurídicos"*[131]. Como característica fundamental desse dever, ao lado da juridicidade, coloca-se a pessoalidade, pois ambos *"são conceitos decisivos para efeitos de tipicidade"*[132], o ponto de referência para a interpretação desse dever.

Exige-se, ainda, o especial dever de impedir o evento. André Lamas Leite resume essa necessidade:

> O que podemos dizer, como traço geral, é que o omitente deverá empreender todos os esforços necessários à salvaguarda da integridade do bem jurídico que, por via de um 'plano' do dever de garante, lhe é acometido, cabendo-lhe a escolha do instrumentum mais adequado a tal desiderato. [...] A situação típica releva a partir do momento em que seja previsível que a não atuação conduzirá à

[129] CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões críticas sobre a omissão..., p. 482.

[130] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 143.

[131] CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs). ***Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias.**, p. 481-539, p. 500. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/12742> Acesso em: 27 jan. 2018.

[132] *Idem, ibidem.,* p. 449.

> produção do resultado ilícito, sendo que a fixação temporal de tal momento contende com a relevância do início da tentativa na omissão imprópria[133].

O crime de omissão impura, conclui Figueiredo Dias, *"só pode ser cometido por pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo a ação imposta e esperada"*[134]. Em face disso, prossegue o doutrinador português, *"ganha a questão de determinar o círculo dos autores possíveis de um crime de omissão uma enorme importância não só teórica, mas prático-normativa"*[135].

Aponta Juarez Tavares:

> A inserção da posição de garantidor abre as possibilidades para a superação do formalismo encetado por Mezger e passa a contribuir também para gerar uma ampliação dos deveres especiais de proteção, que, sem a prefixação legal de suas fontes, fica ao sabor da criação arbitrária da dogmática[136].

Verificada a presença de conceitos abertos na estrutura dos tipos omissivos e, com o escopo de evitar interpretações extensivas relativas ao conteúdo desse especial *dever de garante,* a exigência que se coloca respeita ao rigor na sua delimitação a fim de que se evite a perda de substrato material desses deveres.

3.3.1 Teoria da posição de garante: relação entre sujeito e resultado

A teoria da posição de garante, desenvolvida por Nagler, foi, no dizer de Enrique Bacigalupo, uma resposta às posições da Escola

---

[133] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 85.

[134] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal...,** p. 913.

[135] *Idem, ibidem.,* p. 913.

[136] TAVARES, Juarez. **Teoria...,** p. 315.

de Kiel[137]. Ao combater os princípios orientadores daquele movimento, esse modelo estabeleceu que o mandato de atuar se dirige a algumas pessoas determinadas.

Ao localizar o problema do dever de garante no tipo, Nagler estabelece que *"o garante tem como consequência de seu dever relativo a uma determinada ação protetora, uma especial posição jurídica na vida jurídica"*[138]. A fonte desse dever, no pensamento do aludido autor, é somente uma: *"a posição de garante em si mesma, definida juridicamente pela relação de estreiteza existente entre o sujeito e o resultado"*[139].

Todos os delitos omissivos impróprios classificam-se, na expressão cunhada por Roxin, entre os chamados delitos de infração de dever. Essa nomenclatura refere-se a delitos, comissivos ou omissivos, em que "*o obrigado se sobressai entre os demais cooperadores por uma especial relação com o conteúdo do injusto do fato e porque o legislador os considera como figura central devido a essa obrigação"*[140]. Não se equipariam aos delitos especiais próprios, pois nestes, a classificação do legislador considera apenas a sujeição típica, restrição em sede de autoria a determinados sujeitos *"intranei"*[141], enquanto naqueles há um fundamento material para a imputação: a existência de um dever especial.

Nos delitos de infração de dever, atua tipicamente somente aquele que lesiona o dever extrapenal, sem que importe o domínio

---

[137] NAGLER, Johannes. apud BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios de Omisión.** Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 40.

[138] *Idem, ibidem.,* p. 40.

[139] *Idem, ibidem.,* p. 41.

[140] ROXIN, Claus. **Autoria** y **Domínio dei Hecho en Derecho Penal.** 7. ed. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 387-388.

[141] ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais.** São Paulo: IBCCRIM, 2011. p. 115. De outra banda, Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis utilizam, como sinônimos de delitos especiais, acepção mais ampla, as expressões delitos de infração de dever, devlitos de dever. Ver: GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. *In:* GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

do sucesso externo, ou domínio do fato[142]. Logo, *"a autoria é determinada não pelo domínio do fato, e sim pela infração de um dever"*[143]. Assim, quem não possui relação jurídica com o dever estabelecido poderá ser, no máximo, considerado partícipe. Diferencia-se, portanto, dos denominados delitos de domínio.

A intenção de se demarcar os deveres de garante é a de *"limitar a responsabilidade a um núcleo de autores mais restrito que o dos crimes de ação"*[144], pois não se pode exigir que todas as pessoas possam ser consideradas comprometidas em relação a uma gama infinita de situações de perigo.

Não há, pois, um dever genérico de garantia, mas sim, como destacado por Silva Sánchez, *"situações concretas de garantias"*[145], que André Lamas Leite retrata da seguinte forma:

> Dos crimes omissivos previstos no tipo retira-se, de modo direto ou indireto, quem são os potenciais autores, não se conseguindo a mesma redução que decorre da existência de um dever de garante que é uma característica específica da omissão imprópria[146].

Acerca das fontes do dever de garantidor, a doutrina criou uma série de condições ou hipóteses a serem consideradas, consoante demonstrado a seguir.

3.3.1.1 A Doutrina formal do dever jurídico

A omissão já era definida por Feuerbach (1804-1872) como um dever de agir derivado de duas fontes: *a lei e o contrato*[147]. A

---

[142] ROXIN, Claus. **Política Criminal...,** p. 69.

[143] GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS Augusto. **Autoria como Domínio do Fato...**, p. 62.

[144] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 72.

[145] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 464.

[146] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 72.

[147] FEUERBACH, Anselm Ritter von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.** 13. Ed. Giessen: Dreizehnte Originalausgabe 1823 p. 49 apud LUISI, Luiz. **Os Princípios...,** p. 103.

essas fontes, Henke acrescentou a existência de estreitas relações pessoais, o casamento e parentesco, tendo sido sucedido por Stübel que adicionou o atuar perigoso prévio, ingerência, como outro elemento causador da obrigação de evitar o resultado.

A lei, como fonte do dever de garante, não possui o condão de promover uma imputação "automática", o que se daria valendo-se de uma interpretação literal. Como adverte Janaina Pachoal, *"a posição do garantidor vem para suprir a ausência de tipo específico, mas somente ela não pode fazer concluir pela presença de tipo e, consequentemente, de crime"*[148]. A previsão legal, como fonte de dever de agir, não prescinde de um substrato material, porquanto a interpretação literal pode conduzir a um juízo de equiparação automática, que beire a analogia em prejuízo do imputado. No dizer de Figueiredo Dias:

> Na verdade, mesmo quando o dever de atuar para a defesa dos bens jurídicos ou dos interesses de outrem resulta imediatamente da lei, pode acontecer que ele não fundamente sempre uma posição de garante da não verificação do resultado típico. Esse será, sobretudo, o caso das hipóteses em que o dever de atuar é consagrado por uma lei extrapenal que não deva sem mais ser arvoada em fonte de uma posição penal de garante da não produção de um resultado típico[149].

Quanto ao contrato, a este também não se pode conferir, de forma literal, a condição de fonte de responsabilidade de comissão por omissão, pois o dever de garantidor, como ressalta Heleno Fragoso, *"não se confunde com o dever contratual, sendo indiferentes às limitações que surjam do contrato, inclusive à validade jurídica deste"*[150]. Dito de outro modo, assim como a validade do negócio jurídico não fundamenta, por si só, a

[148] PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida...**, p. 47.

[149] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal...,** p. 935.

[150] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições...**, p. 233.

responsabilização criminal, o eventual reconhecimento de sua nulidade não afasta a possibilidade de responsabilização.

Em relação ao contrato, Mezger já se referia que mais importante do que a relação jurídica contratual era a relação de confiança, as condutas concludentes e a gestão de negócios[151].

Há, ainda, a menção da doutrina à posição de garantidor em razão de comportamento anterior que gere risco do resultado: a ingerência.

Para Enrique Bacigalupo, a rigor, a ingerência seria o ato anterior que gera risco para o bem jurídico, ficando por isso o responsável por tal risco obrigado a evitar o resultado[152], considerando o postulado de que "quem ocasiona esse perigo tem o dever de removê-lo"[153].

Considera Juarez Tavares que *"a verdadeira ingerência pertence às fontes dinâmicas, porque tem por base um comportamento positivo anterior e não simplesmente um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável"*[154].

A ingerência como elemento fundamentador da responsabilidade criminal do garante deve ser interpretada, de modo restritivo, *sob pena de violar o princípio da legalidade, pois, é insusceptível de gerar um dever jurídico que vincule o omitente a evitar a lesão do bem jurídico de terceiro,* mesmo porque a fixação de quais as características que o fato anterior perigoso deve assumir para estar apto a desencadear a responsabilização por ato omissivo é tarefa que parte do caso concreto, sob pena de se chegar a uma ampliação desmedida que se afaste do fundamento e do âmbito desses deveres.

Acerca da estreita comunidade da vida ou de perigo, o questionamento se assemelha ao caso da ingerência, pois, como a

---

[151] MEZGER, Edmund. **Derecho Penal:** parte general. 6. ed. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955. p. 85, apud Lamas Leite, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 164.

[152] BACIGACULPO, Enrique. **Delitos Impropios de Omisión.** Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 53.

[153] LUISI, Luiz. **Os Princípios...,** p. 110.

[154] TAVARES, Juarez. **Teoria...,** p. 332.

conformação da omissão imprópria com o princípio da legalidade é uma questão dogmática fundamental, a indagação presente concerne aos requisitos indispensáveis para transformar em dever jurídico um dever que surge como moral ou social[155]. Do contrário, poder-se-ia assentir que a criação de qualquer risco pudesse justificar a responsabilização criminal.

A comunidade de vida é baseada no conceito de relações jurídicas especiais, de vínculo estreito entre os indivíduos. É como uma república de estudantes, onde alguém que não tenha socorrido um colega de quarto acometido por um ataque cardíaco deva responder por homicídio, e não por omissão de socorro.

De sua vez, a comunidade de perigo se verificaria, por exemplo, entre pessoas que assumem uma atividade perigosa como, no caso de dois indivíduos que desejem esquiar e nenhum deles é instrutor ou guia. Caso um deles caia em um buraco, e o outro não jogue a corda, abandonando-o, por força da fonte da comunidade de perigo, aquela que abandonou o colega responderia por homicídio e não por omissão de socorro[156].

No entanto, tais categorias, conforme precisa crítica de Heleno Fragoso não podem ser invocadas para fundar o dever der garante, pois se tratam, simplesmente, de omissões puras[157], situações que, no máximo, poderiam ensejar acréscimo de pena pela prática de omissão de socorro[158].

Por seu turno, Alcides Munhoz Netto refere o perigo da adoção de fórmulas vagas, em países onde a vigência do estado de direito está sempre convivendo com a possibilidade de um retorno a um estado policialesco[159]. Ferrenho defensor da limitação legislativa das hipóteses de punibilidade, preconizava o falecido penalista

---

[155] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal...,** p. 936.

[156] PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida...**, p. 57.

[157] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes Omissivos...,** p. 46.

[158] PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida...**, p. 60.

[159] MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista da AJURIS,** Porto Alegre, a. X, n. 29, 1993. p. 35-51.

que fosse acolhido, pelo ordenamento brasileiro, um critério análogo ao que se adota para os delitos culposos, qual seja, o *princípio da excepcionalidade*[160]. Sugere que:

> Mediante a introdução na parte geral dos códigos penais da cláusula de que a omissão imprópria só será punida em casos expressos, e mediante, ainda, a cominação, na parte especial, da pena destinada à hipótese de ser o crime comissivo praticado por omissão[161].

Trata a proposta acima de uma espécie de correção do tipo, a fim de satisfazer as exigências da reserva legal.

Outro aspecto a ser analisado é uma tentativa de alargamento do dever do garantidor sob o fundamento de se proteger o bem jurídico solidariedade. Para Figueiredo Dias, *"toda a manifestação imposta de solidarismo tem que se apoiar em um claro vínculo jurídico"*[162].

A partir da ideia de se proteger a solidariedade humana, de maneira genérica, pode-se cogitar de atribuir aos crimes comissivos por omissão a função de proteção desse bem jurídico[163], leitura essa que tem encontrado adeptos ainda que solidariedade seja uma categoria polissêmica e que, por isso, a sua adoção como critério de punição a título de omissão imprópria mostre-se excessivamente genérico.

Jesús-Maria Silva Sánchez, ao mesmo tempo em que considera que o bem jurídico protegido mediante os crimes comissivos por omissão não é a solidariedade, mas sim os bens previstos nos tipos que, por equiparação, teriam sido violados, aceita fundamentar

---

[160] Expresso no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal brasileiro: ***"Art. 18.*** *[...] Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".* (BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 27 jan. 2018).

[161] MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista da AJURIS...**,p. 35.

[162] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal...,** p. 938.

[163] PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida...**, p. 66.

a responsabilidade criminal também na comissão por omissão na solidariedade. A esse respeito, afirma:

> Não se pode indicar que a única causa de generalização do fenômeno omissivo venha a ser dada pelo princípio da solidariedade, fator em certa medida ideológico de determinação de qual há de ser o conteúdo normativo, mas também de fatores derivados de uma maior complexidade da vida de relações, como a tecnologia, a crescente distribuição funcional e outros problemas próprios da sociedade industrial avançada[164].

Por fim, resta destacar que a verificação das especificidades do delito omissivo não leva ao abandono do entendimento de que não há crime sem ofensa a bem jurídico penal e que a ofensividade é um fenômeno jurídico que o pressupõe. O princípio da ofensividade como *postulado de garantia, insere-se ao lado da legalidade, "dotando o tipo penal de um nítido traço material garantindo que ninguém será punido por ato inofensivo, que possua apenas correspondência formal com a descrição típica"*[165]. O entendimento de Silva Sánchez a esse respeito não é diverso. Preconiza que *"o conceito de omissão deve ser integrado por uma perspectiva material, pois esta seria a única apta a apreender a realidade político-criminal da omissão"*[166].

Uma das mais contundentes incongruências da teoria formal referida por Lamas Leite é a de que sua grande vantagem, que seria a observância à legalidade constitui-se, ao mesmo tempo, na sua maior lacuna, *"pois há casos em que, apesar de não estar expresso em lei, as especiais relações de proximidade existencial impõem, de igual modo, a assunção de uma função de garante"*[167].

---

[164] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 183.

[165] D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento ontoantropológico do direito penal e sua ressonância no âmbito normativo. *In:* FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado. (Org.) **Ciências Penais:** perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011. p. 156.

[166] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito...,** p. 181.

[167] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 167.

Pelo seu forte caráter positivista, reinante até o início do século XX, sua limitação se desvela pela impossibilidade de fundamentar a construção de um parâmetro de cunho material para aferição da ilicitude na omissão imprópria.

Deste modo, por ignorar que o dever de garante funda-se no vínculo de proximidade entre o omitente e o bem jurídico penal tutelado, vinculação esta que decorre de uma relação jurídica, a adoção, isolada, da teoria formal foi sendo abandonada.

3.3.1.2 A Hipótese das Funções desempenhadas

Segundo essa teoria concebida por Armin Kaufmann, há dois grandes grupos de garantes: os garantes de cuidado e os garantes de segurança - aqui há uma função de vigilância de uma fonte de perigo[168]. Nas palavras do autor:

> A tarefa de defesa do garante pode ser orientada em duas direções: em primeiro lugar, o sujeito do mandato tem que estar "vigilante" para proteger determinados bens contra todos os ataques, de onde quer que eles venham, aqui a função de proteção consiste na “defesa de todos os lados” do concreto bem jurídico contra perigos de todo o gênero. [...] por outro lado, a posição do garante pode consistir no monitoramento de determinada fonte de perigo. [...] A missão de proteção do garante tem de conter a concreta fonte de perigo, apenas secundariamente, como um efeito reflexo, se deriva a garantia dos interesses jurídicos ameaçados por esta fonte de perigo[169].

Bernd Schünemann usa, como critério central, o domínio sobre o motivo do resultado, sobre a sua causa, que pode ser verificado sob dois aspectos: o domínio atual sobre um âmbito

---

[168] O primeiro grupo se subdivide em solidariedade natural com o titular do bem jurídico, estreitas relações de comunidade e assunção de custódia. O segundo grupo se divide deveres de garante por ingerência, deveres para **a** vigilância da fonte de perigo e deveres fundados na responsabilidade do agente em face de terceiro (LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 169-170).

[169] KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los Delitos de Omisión...**, p. 283.

objetivo de perigo, como no trânsito, e na relação de autoridade e dependência da vítima.

André Lamas Leite demonstra que ambas as teorias analisam a omissão por uma perspectiva unilateral. A primeira tem sua amplitude desvelada pela impossibilidade de se aferir o grau de vinculação necessário para mensurar a dependência, como o exemplo de em uma praia a responsabilidade por uma criança se afogando seria do pai, do salva-vidas e de qualquer outro banhista[170]. Na segunda *"o foco é o garante, que deve ter o domínio sobre a causa do resultado, o que conduz a uma excessiva imputação de resultados ao garante"*[171].

Essa teoria teve o mérito de tentar reduzir o âmbito desses deveres, a partir do estabelecimento de uma diretriz axiológica.

3.3.1.3 A Proposição Material-Formal

Jorge de Figueiredo Dias defende a conjugação das teorias material e formal. Ressalta o doutrinador que a posição de garantia é resultado da conjunção dos pressupostos materiais que fundam o dever de garantidor: os primeiros pertencem ao tipo de ilícito objetivo dos crimes impróprios de omissão, já o dever de agir resultante consiste em *"um elemento ou momento do próprio juízo de ilicitude, não um elemento normativo do tipo"*[172]. Acentua que:

> A verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside em algo muito mais profundo, a saber, na valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo penal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação concreta, por força das existências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade[173].

---

[170] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 173.

[171] *Idem, ibidem.,* p. 173.

[172] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Pénal...,** p. 954.

[173] *Idem, ibidem.,* p. 938.

Figueiredo Dias faz uso de duas categorias da "teoria das funções": bem jurídico e fonte de perigo.

No que tange aos deveres de proteção e de assistência a um bem jurídico carecido de amparo, identifica três situações de garantia, quais sejam, as relações de proteção familiares ou análogas, pais e filhos, a assunção voluntária de proteção guarda e assistência baseadas em relações de confiança como: médico, instrutor de natação e comunidade de vida e de perigos fundadas em relações de confiança e dependência mútuas[174].

Em relação à fonte de perigo, o jurista português observa que o que é vigiado e controlado é, tão somente, a fonte de perigo, sem que se prestigie a proteção de um bem jurídico-penal. Tem como causas a ingerência, o âmbito do domínio próprio, responsabilidade dos donos de estabelecimentos pelos produtos expostos à venda e a atuação de terceiros. Em relação a esse último, em princípio, não haveria dever de garante por fato de terceiro em face da autorresponsabilidade, no entanto, cogita-se do reconhecimento desse dever nos casos em que o terceiro não é responsável ou tem sua responsabilidade diminuída[175].

Ademais, quando há um domínio fático absoluto sobre a fonte de perigo, o supramencionado autor classifica como posição de monopólio dos meios de salvamento desde que: o agente esteja efetivamente investido, mesmo que só por circunstâncias ocasionais, em uma posição de domínio fático absoluto e próximo da situação; o perigo seja agudo e iminente e que possa levar a cabo uma ação esperada, sem incorrer em situação perigosa para si mesmo[176].

Em síntese, a força da teoria material-formal, considera Lamas Leite, está em ultrapassar a concepção tradicional que

[174] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Pénal...,** p. 939-944.

[175] *Idem, ibidem.,* p. 944-950.

[176] *Idem, ibidem.,* p. 950-953.

prestigia as relações fatícas de confiança quando "só a confiança jurídicamente relevante tem interesse para o Direito Penal"[177].

> O entrecruzamento dos planos formal e material e a exigência de que toda a posição de garante tenha uma consagração, ainda que indireta, numa regra ou princípio jurídico constitutivo do ordenamento é a via que, atualmente, melhor consegue superar tais observações, sem recurso a conceitos sempre de complexa delimitação como o de instituições[178].

Dito isso, parece que a adoção dessa teoria atende, de modo mais preciso, as exigências da legalidade. Consideradas as teorias supramencionadas, passa-se ao exame da lei brasileira.

3.3.1.4 O relevante penal do (art. 13, §2.º, CPB)

É uma elementar da omissão imprópria que o agente exerça a posição de garantidor, ou seja, "tenha um dever especial, o dever de agir para evitar o resultado"[179].

Dada a menção expressa ao resultado, é questionável se apenas figuras típicas que exigem um resultado naturalístico, poderiam ser praticadas na forma da omissão imprópria.

Há, essencialmente, dois olhares acerca dessa exigência legal: o dos que sustentam que só será punível a omissão imprópria diante de de um crime vinculado a um resultado naturalístico, e outros que entendem que a expressão resultado refere-se a qualquer acontecimento típico.

A primeira corrente entende o termo resultado como alteração no mundo exterior, restringindo-se aos resultados

---

[177] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 198.

[178] *Idem, ibidem.,* p. 198.

[179] ESTELITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 79.

naturalísticos previstos nas capitulações penais da parte especial, mas não a um acontecimento típico qualquer. A título de exemplo, elenca-se os crimes de mera conduta. A segunda, interpreta o termo não como uma alteração externa temporal e espacialmente separada da conduta, mas como a lesão ou a colocação em perigo de bens jurídicos, em outras palavras, uma "afetação na situação de tranquilidade do bem jurídico protegido"[180].

Desde que se passou a compreender o tipo como descritor de condutas perigosas para os bens jurídicos, os tipos penais têm como pressuposto que a conduta, no mínimo, coloque em perigo um bem juridico. Complementa Heloisa Estelita:

> Assim, é possível sustentar que o dever de agir para evitar o resultado possa se traduzir, em determinado caso concreto, no dever de evitar que um terceiro, na iminência de praticar ação típica, afete o bem jurídico, razão pela qual não nos parece vedado, a priori, o cometimento de crimes de mera atividade – como a corrupção ativa, por exemplo – por omissão imprópria, muito embora a exigência de um comportamento determinado feita no tipo penal possa oferecer problemas ulteriores e, eventualmente, inviabilizar a imputação no caso concreto[181].

Foi a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1984, que este diploma passou a adotar, em seu art. 13, § 2º, a figura do garantidor, o que não havia no Código Penal de 1940, quando tal categoria era *produto de elaboração doutrinária, não havendo norma legal que permitisse identificá-lo:*

> Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Superveniencia de causa independente [...]

[180] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Pénal...,** p. 915-916

[181] ESTELITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...,** p. 239.

> § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado[182].

Entende Luiz Luisi que a técnica legislativa nacional, prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro, *"analítica de indicação do dever jurídico de agir"*[183], satisfaz, no possível, as exigências do princípio da reserva legal, tornando inevitável, assim, uma certa margem de discricionariedade por parte do julgador.

No dispositivo acima reproduzido, segundo o ainda entendimento de Luiz Luisi, o legislador *"não se limitou à teoria formal, mas acolheu a teoria das fontes"*[184] como se pode ver da leitura da alínea "a", onde estão inseridas as obrigações de cuidado, proteção e ou vigilância, da alínea "b", na qual estão previstas formas pelas quais o omitente se compromete a impedir o resultado, e da alínea "c", em que se acolhe a possibilidade de o dever de agir decorrer de conduta anterior do sujeito.

A redação da norma é defeituosa, segundo Juarez Cirino dos Santos, por dois motivos: *"primeiro, o dever pressupõe o poder de agir e, portanto, a ordem dos verbos estaria invertida; segundo, o dever jurídico de agir é um conceito normativo fundado na realidade concreta do poder ou capacidade de agir"*[185]. Nessa linha, conclui que a referência ao dever não se mostrava necessária[186].

---

[182] BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 27 jan. 2018.

[183] LUISI, Luiz. **O Tipo Penal...,** p.105.

[184] *Idem.,* **Os Princípios Constitucionais...,** p. 108.

[185] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 133.

[186] *Idem, ibidem.,* p. 136.

De fato, mesmo diante das imprecisões na redação do dispositivo, é possível perceber que a intenção que permeou a redação do art. 13, § 2º, foi a de buscar a flexibilização do critério formal que prestigia a segurança jurídica a partir da inclusão de categorias da teoria das funções, tudo isso para reduzir as possibilidades de uma interpretação ampliativa dos deveres de garante.

Diante da complexidade das relações sociais e jurídicas, a conjugação dos critérios formal e material, por sua melhor aptidão para avaliar as situações concretas, ganha adeptos na doutrina e jurisprudência mais recentes.

3.3.2 Elemento da omissão impura

O dolo, elemento da omissão impura, nas palavras de Luiz Luisi, é *"o conhecimento dos aspectos objetivos do tipo, é querer a sua concreção"*[187], que se revela *"pela vontade de não agir, seja pelo desejo de que se consume o resultado, seja pela assunção do risco de sua ocorrência em razão da sua abstenção"*[188]. Dito de outro modo, para a caracterização desse elemento, é necessário que o agente tenha conhecimento da situação típica, do seu poder de agir para melhorar tal situação e, nas omissões impróprias, da sua posição de garantidor.

Sintetiza Juarez Cirino dos Santos:

> O dolo, como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso, deve existir durante a realização da ação, o que não significa durante toda a realização da ação planejada mas durante a realização da ação que desencadeia o processo causal típico [...]. Consequentemente, não existe dolo anterior, nem dolo posterior à realização da ação[189].

---

[187] LUISI, Luiz. **O Tipo Penal...,** p.63.

[188] DUARTE, Luciana Sperb. Teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Federal da Iª Região.** Brasília, v. 17, n. 6, p. 41-64, jun. 2005. Disponível em: <http://www.trfl.gov.br> Acesso em: 28 jan. 2018.

[189] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato...**, p. 150.

Nos crimes omissivos impróprios, conforme Heleno Fragoso, deve o autor *"ter consciência de sua capacidade de impedir **o** resultado, conhecendo também a sua posição de garantidor da não superveniencia do resultado"*[190]. Além disso, ao *"dolo deve corresponder também o desejo de atingir o resultado através da omissão, tendo o agente a consciência de que ocorrem as circunstâncias de fato que fundamentam a sua posição de garantidor"*[191].

Assim, o dolo na omissão imprópria surge quando o agente tem conhecimento da situação típica, de seu dever jurídico e de sua capacidade de ação, mas, assim mesmo, se omite. Deve, portanto, "*integrar a representação do omitente a ocorrência do resultado"*[192]. *A previsibilidade do resultado integra o dolo.*

Em relação ao dolo eventual, e no presente recorte, não há de reconhecê-lo nos delitos comissivos por omissão, ou seja, em uma situação em que o agente teria conhecimento dos elementos do tipo, da grande probabilidade do resultado e, mesmo assim, se omite. A questão fulcral, no entendimento de Juarez Tavares, é adequar *"essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter a vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado"*[193].

No mesmo sentido, Zaffaroni reitera algumas premissas já referidas:

> No aspecto cognoscitivo, o dolo, dentro da estrutura típica omissiva, requer o efetivo reconhecimento da situação típica e a previsão da causalidade. Quando se trata de uma omissão imprópria, requer, ademais, que o sujeito conheça a qualidade e ou condição que lhe põe em posição de garantidor, mas não o conhecimento dos deveres que lhe incumbem como consequência

[190] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos...**, p. 47.

[191] *Idem*., **Lições...**, p. 235.

[192] TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 393.

[193] *Idem, ibidem.,* p. 395.

> dessa posição, porque esse conhecimento é um problema de culpabilidade. Do mesmo modo, o sujeito deve ter conhecimento de que é possível impedir a produção do resultado, quer dizer, "do poder de fato" (Welzel) que tem para interromper a causalidade que desembocará em resultado[194].

E, a partir disso, conclui Zaffaroni, citando o exemplo do salva-vidas que, vendo seu inimigo se afogar e, tendo o dever de salvá-lo, pela sua condição, decide deixá-lo morrer afogado. Esse sujeito atuará com dolo de homicídio, caso se façam presentes os elementos acima referidos[195]. Assim, nos delitos comissivos por omissão, tanto na fase de representação ou cognoscitiva, como no momento volitivo, a vontade de omitir a ação, o dolo é direto.

No que concerne ao problema do erro, reconhece-se que, no contexto do Direito Penal Econômico, são frequentes as hipóteses em que *"a passagem do mundo da possibilidade para a realidade pode assumir graus de complexidade inigualável"*[196].

Assevera Juarez Cirino dos Santos:

> O dolo nos tipos de omissão imprópria está exposto à mesma relação lógica de exclusão entre conhecimento e erro dos tipos dolosos de ação: se o dolo exige conhecimento (a) da situação típica de perigo para o bem jurídico (b) do poder de agir (na omissão de ação imprópria) e, adicionalmente, (c) da posição de garante (na omissão de ação imprópria), então o erro sobre qualquer desses elementos do tipo de omissão de ação exclui o dolo[197].

O agente deve ter, portanto, a consciência de sua posição de garantidor da não superveniencia do resultado, sendo que *"o erro a*

---

[194] ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 457.

[195] *Idem, ibidem.,* p. 457.

[196] "A diferença entre o dever intraproposicional e o dever interproposicional como fundamento lógico da diferença entre erro de tipo e erro de proibição no direito penal econômico". (LOPES, Fernando dos Santos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 243, out. 2013. p. 7.)

[197] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato...**, p. 140.

tal respeito é erro de tipo e exclui o dolo"[198], pois *"o agente não sabe que está realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito de um de seus elementos e, assim, não atua dolosamente"*[199]. Logo, um erro sobre os pressupostos que configuram a condição de garantidor, os quais são elementos do tipo, exclui o dolo, pois não permite que o sujeito aja como garante.

Para Juarez Tavares, o erro sobre a posição de garantidor é erro de mandado, pois ocorre quando *"o sujeito não pode conhecer a ação que lhe è imposta e que, portanto, deve praticar, sem conhecer previamente o dever de realizá-la"*[200]. O tratamento a ser conferido a essa modalidade é o mesmo do erro de tipo.

Juarez Cirino dos Santos, com objeto de diferenciar as hipoteses de erro de tipo das de erro de proibição, coloca as seguintes questões:

> O erro sobre o dever jurídico de realizar a ação mandada, em ambas as modalidades de omissão de ação, constitui erro sobre o dever jurídico de agir e, portanto, erro de mandado - e não erro de proibição. Nos tipos de ação, o dever de omitir a ação proibida é, geralmente, claro, mas nos tipos de omissão de ação, o dever de realizar a ação mandada é, normalmente, obscuro para o destinatário da norma penal - especialmente em crimes contra a ordem econômica, o meio ambiente, ou outros setores do Direito Penal especial - e, por isso, a evitabilidade do erro é menor, com a consequente redução do nível de reprovação[201].

Importa referir, no entanto, que o erro sobre o dever de garante *"já é um erro de valoração, localizado ao nível da culpa culpabilidade"*[202], sendo necessário perquirir-se acerca de sua

---

[198] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições...,** p. 234.

[199] CALLEGARI, André Luís. **Lavagem...,** p. 155.

[200] TAVARES, Juarez. **As controvérsias...,** p. 99.

[201] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato...**, p. 140-141.

[202] LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura...**, p. 107.

evitabilidade, que exclui do dolo, mas permite a punição culposa, ou inevitabilidade, que afasta tanto o dolo como a culpa[203].

Muitas são as formulações mais modernas acerca das hipóteses de erro, merecendo destaque a categorias do erro de subsunção, uma espécie erro de interpretação, onde o agente conhece as circunstâncias fáticas, mas erra em sua valoração jurídica. Nas palavras de Claus Roxin:

> O sujeito interpreta equivocadamente um elemento típico de modo que chega à conclusão de que não se realizará mediante sua conduta. Tal erro pode ser um erro de tipo ou um erro de proibição ou, inclusive, um erro penalmente irrelevante, segundo que oculte ao sujeito o conteúdo do significado social de um elemento ou somente a proibição específica do tipo ou da punibilidade de sua atuação[204].

Destaca o jurista alemão que esse tipo de erro será verificável, no mais das vezes, em relação aos elementos normativos do tipo *"principalmente em casos de conceitos normativos complicados, nos quais a interpretação decide sobre o caráter permitido ou proibido de uma conduta"*[205]. Todavia, conforme pontua Juarez Cirino dos Santos, *"mediante a chamada valoração paralela na esfera do leigo de Mezger, pode esse cidadão identificar significados sociais subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida"*[206]. Trata-se, em última análise, de uma subespécie das duas modalidades mais genéricas que são o erro de tipo e o erro de proibição.

A opinião que se adota sustenta a suficiência da categoria do erro de tipo para o tratamento dado às condutas do sujeito que

---

[203] Nos termos do art. 20 do Código Penal brasileiro, "o *erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei"*. (BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del 2848compilado.htm> Acesso em: 28 jan. 2018.

[204] ROXIN, Claus. **Tratado...,** p. 872.

[205] *Idem, ibidem.,* p. 872.

[206] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato...**, p. 82.

possui uma equivocada compreensão de sua condição de garantidor, uma equivocada compreensão *"dos pressupostos exteriores da posição de garante"*[207], *"bem como a do erro de proibição para as hipóteses em que apesar de conhecer seu dever de garante, o agente entenda que não lhe incumbe evitar o resultado"*[208].

Retomando-se à apreciação da intervenção, autoria ou a participação das pessoas sujeitas aos mecanismos de controle impostos pela Lei brasileira de Lavagem de Capitais, perquire-se se o Oficial de Conformidade, sujeito às obrigações de *Compliance,* por causa de sua concreta esfera de competência e da possibilidade efetiva de cumprimento desses deveres, pode ser considerado garante, exigindo-lhe, assim, uma atuação direcionada a evitar o resultado: a consecução do crime de Alvejamento de Capitais.

Deve-se ter em mente que, eventual qualificação dessa intervenção como autoria ou participação delitivas dependerá, na interpretação de Ricardo Robles Planas, *"do valor da omissão para o conjunto do fato"*[209]. Assim, se a conduta possui uma reduzida importância na configuração do fato, está-se diante de uma hipótese de participação delitiva; de outro modo, se a conduta do omitente é relevante na configuração do fato, tratar-se-á de autoria[210].

Na tentativa de propor uma resposta às questões levantadas, consistirá o desenvolvimento do próximo capítulo.

---

[207] ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 54.

[208] ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal...,** p. 52.

[209] ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes** y **Cómplices.** Barcelona: Atelier, 2007. p. 74.

[210] *Idem, ibidem.,* p. 74.

4

A lavagem de capitais na Dogmática da omissão imprópria: a responsabilidade criminal do *Compliance Officer*

Ao tratar de Direito Penal e do *Criminal Compliance,* é necessário destacar que este não busca substituir aquele, e que o Direito Penal, como instrui Luigi Ferrajoli, é, *pari passu*, garantia aos acusados perante o arbítrio estatal. Ferrajoli, assim, adverte que o fim do Direito Penal faria surgir outras manifestações punitivas, quiçá até mais duras, sem que sejam mantidas as mesmas garantias atinentes à seara construídas ao longo dos anos, de sorte que o Direito Penal é meio de segurança tanto para o ofendido, quanto para o acusado[1].

Neste contexto, e como já descrito inicialmente, a nomenclatura *Compliance* origina-se do termo em inglês, *to comply,* que também pode significar o ato ou procedimento para garantir o cumprimento das normas reguladoras de demarcado setor. É um conceito que tem origem na economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas.

Nessa acepção, *Compliance* identifica-se como a adoção de um comportamento empresarial de compromisso com a lei, buscando os meios para evitar o cometimento de delitos, por intermédio da adoção de códigos de conduta, de investigações internas, de políticas

[1] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3 ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-271.

de estímulo a denúncias, de capacitação dos funcionários para evitar a prática de crimes, de políticas internas de fiscalização e auditoria[2].

Embora a terminologia *Compliance* se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas, o nosso foco, como já delimitado, será, a análise da responsabilidade criminal pela via da omissão, pela criação e a implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados ao combate do crime alvejante.

Por conseguinte, os programas de *Compliance* tem por objetivo a contenção de riscos, sendo desenvolvido e gerido pelo *Compliance Officer* na implementação do programa de integridade, para criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa.

Nesse diapasão, são varias as controvérsias a respeito da responsabilidade do *Compliance Officer* e de quem efetivamente pode ocupar tal posição, para implementar o programa de integridade com efetiva vigilância e prevenção de condutas ilícitas no invólucro empresarial. Nesse aspecto, a legislação brasileira com a edição do Decreto 8.420/2015, inaugura em seu art. 42, inciso IX, a figura do *responsável pela aplicação do programa de integridade,* inovando pelo reconhecimento da necessidade de setor independente voltado à aplicação e à fiscalização dos programas de

[2] PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata.** São Paulo, Saraiva, 2014, p. 47 e ss.

integridade, entretanto, ficando a desejar pela falta de paramentos claros de sua responsabilidade.

Diferentemente da realidade brasileira, o Código Penal espanhol - em que pese não tratar expressamente da figura do responsável pelo *Compliance* - traz uma sistematização mais clara da responsabilização dos administradores, bem como dos responsáveis pela implementação e fiscalização dos programas de integridade, o chamado *Compliance Officer,* permitindo assim, uma diferenciação de responsabilidade penal de seus atos.

Com efeito, a legislação alienígena, em seu art. 31 bis, 2, 1º y 2º do Código Penal Espanhol, em plano teórico cria a obrigação da adoção do sistema de *Compliance* e criação do *Compliance Officer* para supervisionar sua eficácia, com funções, responsabilidades limitadas e delimitadas, uma vez que, somente o órgão de administração possui a obrigação de ordenar a criação de um programa de *compliace*[3].

Entretanto, não existe uma uniformização da figura do responsável pelos programas de integridade, isso porque as tarefas de controle podem estar descentralizadas, cabendo à direção da empresa, da direção financeira, descentralizada a cargo de distintos departamentos como o de controle contábil, financeiro, auditoria, bem como, centralizado na figura do *Compliance Officer*[4]. Nesse sentido, a figura do responsável pelo cumprimento do programa de integridade na estrutura empresarial, é de difícil análise a sua responsabilidade pela evitação de delitos.

O programa de *Criminal Compliance* é basicamente um conjunto de medidas estruturadas pela empresa para prevenir práticas delitivas, como a Lavagem de capitais, em decorrência das

---

[3] APARICIO, Nestor. **Ideas sobre la defensa penal de la persona jurídica.** Disponível em: <http://www.controlcapital.net/noticia/3745/*Compliance*/ideas-sobre-la-defensa-penal-de-la-persona-juridica.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[4] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de Gatante del ***Compliance Officer*** por infracción del "deber de Control": uma apraximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo. MATIN,Adán Nieto. **El derecho penal econômico en la era *Compliance***. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013, p. 47 e ss.

atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica. Nesse contexto, surge à figura do individuo responsável pela implementação e fiscalização pelo devido cumprimento das medidas de integridade, o denominado *Compliance Officer*.

Acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria do *Compliance Officer* no cumprimento das regras estabelecidas nos programas de *Criminal Compliance* instituidos para a prevenção da lavagem de capitais. Assim, sob a ótica da dogmática penal, será analisada a estrutura dos crimes omissivos impróprios no contexto das relações empresarias, buscando traçar parâmentos claros da responsabilidade penal do *Compliance Officer* em caso de comportamento omissivo, sob a perspectiva da possibilidade de imputação do tipo de Lavagem de Capitais por omissão imprópria.

Nessa lógica, surgem novos desafios para a dogmática penal, tendo pela frente a necessidade de esclarecer as regras de responsabilização penal dentro de estruturas complexas do setor empresarial, bem como do *Criminal Compliance,* delimitando claramente o poder de punir, evitando, assim, o expansionismo do Direito Penal por meio de condutas omissivas impróprias. Dessa forma, pretende-se analisar a posição do garantidor delegado na estrutura dos crimes omissivos impróprios, conforme os deveres e responsabilidades exercidas pelo *Compliance Officer, Garantidor Delegado e* responsável pela efetivação do programa de integridade criminal no seio da empresa.

4.1 Regras quanto às responsabilidades pessoais: o garantidor e o seu papel

A responsabilidade penal por omissão é uma forte característica do expansionismo penal. A busca por segurança em face da sociedade de risco, provoca uma absurda flexibilização de garantias nas regras de imputação, surgindo cada vez mais, tipos penais e normas referentes ao dever de vigilância.

A complexidade das estruturas empresariais gera verdadeira controvérsia a respeito da posição de garantidor dos seus integrantes, surgindo à necessidade de se fixar parâmetros concretos de sua responsabilidade, em especial, da figura do *Compliance Officer* na realização dos programas de integridade e prevenção à Lavagem de Capitais.

Nessa acepção, e de acordo com Ilana Martins Luz, o dever de garante, embora não sirva de elemento distintivo entre os delitos omissivos próprios e os impróprios, é uma das condições essenciais para a realização de um juízo de tipicidade mediato nos crimes omissivos, pois:

> [...] se trata do dever que impõe, a determinados sujeitos, a obrigação de agir e de evitar o resultado, sob pena de responder por este como se tivesse dado causa. Além disto, é um elemento essencial para a verificação da autoria nos crimes omissivos impróprios, que são delitos especiais quanto ao sujeito[5]

Em mesmo raciocínio, Claus Roxin:

> Ações que diminuam riscos não são imputaveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito. Quem convence o ladrão a furtar não 1.000, mas somente 100 marcos alemães, não é punível por participação no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão. O mesmo vale para a redução de lesões corporais em rixas, bem como para vários casos análogos[6].

Destaca-se, portanto, que duas inovações acompanham o implemento das regras de *Compliance* ao Direito Penal Econômico: a ampliação da responsabilização das pessoas jurídicas e os novos modos de ampliação da responsabilidade penal do agente. Na última hipótese, em que o empregado da organização empresarial não

---

[5] LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 203.

[6] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109.

cumpra de forma efetiva o dever, seria o caso de responsabilização, como complementa Renato de Mello Jorge Silveira:

> O abuso ou desvio no comportamento gerencial é o ponto de partida da corporate governance, cujo cálculo decisório é discriminado em quatro parâmetros distintos: os benefícios de uma ação; os custos a ela relacionados; as distintas probabilidades de sua ocorrência e a fixação dos riscos do autor[7].

Nas estruturas empresarias, a princípio, cabe aos superiores hierárquicos a responsabilidade de controle e dever de evitar atos lesivos praticados pela pessoa jurídica, recaindo sobe si a posição de garante, obrigando-os a adotar medidas eficazes para evitar a prática de delitos de seus empregados no desempenho de suas funções[8]. A posição de garante dos administradores da pessoa jurídica possui duas dimensões: uma interna, destinada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, o denominado de garante de proteção*;* e uma dimensão externa, orientada para evitar a prática de lesões efetuadas pela pessoa jurídica por intermédio de seus membros a terceiros, definido como garante de controle[9].

No entanto, tendo em vista a complexidade das organizações empresarias, caracterizada pela fragmentação das condutas, decisões e conhecimento, não se pode ignorar que os administradores não detêm por completo o controle geral e irrestrito de todas às ações, existindo portando, uma transferência por delegação da posição de garante. Assim, o *Compliance Officer,* por delegação, pode assumir a condição de garantidor, com a função de gerir o programa de *Criminal Compliance* e garantido sua a

---

[7] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

[8] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de Gatante del *Compliance Officer* por infracción del "deber de Control"...,** p. 53 e ss.

[9] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Deberes de vigilância y *Compliance* empresarial. IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Complance y teoria del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 107 e ss.

eficácia, o que não significa que a criação do *Compliance Officer* exonere os administradores da posição de garantidor, apenas promove uma modificação de sua posição de dever, deixando de se ocupar do controle e evitação, incumbindo-se do dever de supervisão e vigilância do *Compliance Officer*.

Nessa sequência, existirá a relação de deveres primários e secundários, em uma dupla ordem de garantias, sendo que o empresário como delegante, teria o dever de escolher bem, controlar e vigiar, e os deveres de garante do delegado, e o de exercer corretamente sua função, sendo assim o primeiro figurando com um garante próprio e o segundo assumindo a posição de garante impróprio, ou como preferimos, garantidor delegado.

A posição de garante representa a expressão de um papel social, a inclusão dessa posição abre as portas para a superação do formalismo e passa a contribuir para ampliação dos deveres especiais de proteção[10], o que, sem uma prefixação legal de suas fontes "fica ao sabor da criação arbitrária dogmática"[11].

Renato de Mello Silveira destaca que:

> Uma posição mais confiável, até mesmo para se evitar a ocorrência de uma sobrecriminalização indireta ou incidência de reais delicta mala quia prohibita, seria o estabelecimento de um juízo de equivalência segundo o sentido do texto da lei, ou, em outras palavras, uma verdadeira fundamentação material da posição de garante[12].

Com o estabelecimento desse juízo de equivalência seria possível desviar-se da consequência de que uma lei extrapenal ou normas diversas inflijam punibilidade.

---

[10] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 103.

[11] TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 315.

[12] SILVEIRA. **Direito Penal Empresarial...**, p. 104.

4.1.1 Deveres positivos, negativos e omissões do garantidor

A posição jurídica do *Compliance Officer* não é originária, mas sim, derivada da posição de garante dos administradores da pessoa jurídica que possuem o dever originário de evitar ilícitos no âmbito da organização[13]. No entanto, é necessário fixar que a legislação brasileira é omissa, sem que seja devidamente estabelecido e esclarecido satisfatoriamente o conjunto de deveres jurídicos do empresário, repercutindo diretamente na responsabilidade do *Compliance Officer*.

Por esse ângulo, é necessário que na criação dos programas de integridade a figura do *Compliance Officer,* seja prevista com a devida delimitação de quais poderes serão exercidos, para que seu dever com a integridade das ações da empresa seja claro, fixando objetivamente sua posição de garantidor. A legislação brasileira não delimita a função do *Compliance Officer*.

A responsabilidade pela eficácia de um programa de *Criminal Compliance* independentemente de quem seja o responsável por seu cumprimento, sejam eles os administradores ou *Compliance Officer,* serão os mesmos deveres, sempre responsáveis pelo dever de controle dos focos de perigo. No caso de existência do *Compliance Officer,* por delegação, somente poderá assumir a titularidade pelo dever de controlar os riscos - dever de evitação, se possuir capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou poder de veto ou suspensão de condutas dos administradores[14].

Nas estruturas empresarias, dada à complexidade por conta da grande diversidade de espaços de atuação, seja no âmbito da direção empresarial, seja na posição exercida pelos subordinados, a delimitação de responsabilidade penal necessariamente passa por

---

[13] BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delitiva del ***Compliance Officer*.** IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Complance y teoria del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 32 e ss.

[14] COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Mariana Pinhão Coelho Araújo. *Compliance* e julgamento da AP n.470. **Direito penal e processual penal: leis penais especiais.** São Paulo: RT, 2015, p. 55 e ss.

uma análise das ações neutras. Ricardo Robles Planas, explica que a teoria da imputação objetiva demonstra claramente a diferenciação das condutas que criam um risco desaprovado de intervenção do delito daquelas outras que transitam no âmbito do risco permitido, dentro da neutralidade, revelando assim, que somente não existirá participação delitiva, sempre que, não existir uma posição de garantidor, ou seja, a posição específica para evitar o desenvolvimento do projeto delitivo[15].

Portanto, as esferas de neutralidade no âmbito empresarial seriam resolvidas em face da existência da posição de garantidor.

Este panorama corresponde com o oferecido por Silva Sánchez, em sua concepção sobre os delitos de omissão: "existem omissões puras de garante que não dão lugar à imputação de resultado"[16]. Não há, pois, identidade estrutural com a comissão ativa. E, contudo, não cabe desconhecer a importância, inclusive em termos valorativos de tais omissões puras de garante no seio do sistema de atribuição de responsabilidade penal. De um lado, consagram a tutela das instituições estatais enquanto estratégia complementar de proteção. De outro, sua gravidade fica sujeita à importância e densidade da concreta instituição, de modo que, não sendo estruturalmente equivalentes à comissão, sua sanção com pena pode alcançar, por razões valorativas, quotas semelhantes.

De fato, ainda que as omissões puras de garante sejam, por regra geral, omissões de gravidade intermediária, situadas entre as omissões puras gerais e a comissão por omissão, não cabe negar que em certos casos tais omissões puras de garante podem chegar a ser sancionadas com uma pena similar à comissão por omissão por razões valorativas. Contudo, o fundamento de tal pena não residiria na lesividade própria derivada da autêntica imputação do resultado,

---

[15] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 107 e ss.

[16] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito de Omisión: concepto y sistema. 2 ed. Buenos Aires: IB de F, 2010, p. 139.**

senão em razões vinculadas à importância social da instituição e dos deveres positivos que sustentariam tais omissões puras de garante, ao que se poderia acrescentar o dado de seu eventual efeito causal e favorecedor do resultado.

Não obstante o anterior, e para evitar equívocos, deve ser esclarecido que, quando o Estado assume um compromisso específico de contenção de riscos assume expressamente uma função de proteção. Isto ocorrerá também na lesão de um dever negativo, quando o funcionário ocupe uma posição de *Gatekeeper*, isto é, assuma e infrinja depois o compromisso concreto e inerente ao cargo de não "abrir a porta" a certas prestações ou condutas que somente desse modo podem chegar a ser perigosas para bens jurídicos. O caso do *Compliance Officer* é a personificação do exposto.

4.1.2 A omissão do dever de cuidado

Em uma estrutura de *Compliance* que visa implementar as regra da Lei 9.613/1998, o *Compliance Officer,* ao assumir o dever de evitar a prática de Lavagem de Capitais, adotando a posição de garantidor delegado, necessariamente precisa deter poderes para impedir ou suspender atos constitutivos do delito em toda estrutura empresarial. Em caso contrario, fica comprometida a posição de garantidor, tendo em vista que o *Compliance Officer* não teria poder de evitação dos atos praticados pela direção da pessoa jurídica, apenas atuando em decorrência de atos de subordinados, com as devidas comunicações a direção sobre possíveis infrações.

Destarte, a doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios possuem como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pese sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal[17].

Os critérios formais do art.13, §2° do Código Penal, não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem são capazes

[17] TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 314.

de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantia, sendo necessário combiná-los com o fundamento material da figura do garantidor, distinguindo em duas linhas fundamentais de sua existência: *a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo,*

De acordo com Juarez Tavares:

> A especial posição de defesa de certos bens jurídicos pressupõe, ademais, que alguém se encontre incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos e que, assim, outra pessoa esteja disso encarregada. Já a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo pressupõe um dever de vigilância a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança[18].

A posição de garantidor assumida pelo *Compliance Officer* depende de sua capacidade executiva de evitar o resultado, exigindo, portanto, controle atual sobre a fonte produtora de perigo. A responsabilidade do *Compliance Officer* dependerá, todavia, das funções e deveres que tenha assumido em termos concretos. Assim, antes de cogitar a atribuição automática de deveres de garante ao responsável pela fiscalização do cumprimento das normas, técnicas e procedimentos em determinada organização empresarial, traçados, especificamente, no programa de *Criminal Compliance,* é muito importante verificar a existência, de fato, da configuração material da posição de *Compliance Officer* na empresa e quais competências lhes são efetivamente atribuídas[19].

É fundamental, nesse sentido, verificar se há capacidade de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado, no caso em destaque, o verdadeiro controle sobre as fontes produtoras de risco, que gera responsabilidade penal por

---

[18] i*dem, ibidem.,* p 316.

[19] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de Garante del ***Compliance Officer*** por infracción del "deber de Control": uma apraximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo. MATIN, Adán Nieto. **El derecho penal econômico em la era *Compliance***. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013, p. 60 e ss.

ingerência, no teor do art.13, §2°, c do CPB. A responsabilidade por ingerência caracteriza-se pelo domínio das fontes produtoras de risco estáticas e dinâmicas, tratar-se a ingerência, verdadeiramente pelo controle das fontes dinâmicas, tendo por base um comportamento anterior e não simplesmente um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável[20].

Evidentemente que o *Compliance Officer* deve possuir controle. Mais que isso, deve ter possibilidade de interferência causal entre o resultado delitivo e a fonte produtora de risco que o gerou para se posicionar como garantidor. Em face da ingerência, pode-se afirmar ser uma impropriedade a relação entre ação precedente e risco dá lugar a um domínio potencial e não real sobre o evento, de modo que conduz à caracterização de um dolo sem vontade de domínio.

Nessa lógica, Juarez Tavares:

> Com isso, quer significar que o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e dentem o poder de evitar que as forças causais se exauram no resultado lesivo ao bem jurídico. Ainda que tal enunciado tenha um sentido limitador, em comparação com a formula genérica do Código Penal, está a despertar outra formula de responsabilidade objetiva, porque pode caracterizar como ingerente qualquer um que detenha esse poder. Sem os corretivos necessários, pode-se fazer o ingerente responsável por um evento que só, indiretamente, lhe poderia ser atribuído ou fazer decorrer sua responsabilidade de um simples movimento corpóreo. Como meio de impedir que se aplique, desse modo, a responsabilidade penal, será indispensável agregar a essa relação de domínio entre o autor precedente e seus desdobramentos subsequentes outros pressupostos restritivos da imputação do fato ao sujeito[21].

Assim, não é suficiente que o *Compliance Officer* possua responsabilidade penal pela prática de delitos decorrentes de eventual falha em seu dever para com o programa de *Criminal*

[20] TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos...**, p. 320.

[21] TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos...**, p. 333.

Compliance somente em razão dos encargos assumidos no cumprimento do mesmo. É importante, para caracterizar a condição de garantidor assumida pelo *Compliance Officer,* derivada dos administradores, que tenha efetivo conteúdo material, uma especial posição que assume frente a responsabilidade pelo controle das fontes produtoras de perigo.

Schünemann, tratando da posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios, traçando fundamentos e os limites aos delitos de omissão imprópria, desenvolve o raciocínio em face do chamado princípio do domínio sobre os fundamentos do resultado com estrutura fundamental comum entre a comissão e omissão imprópria, encontrando uma equiparação material das condutas ativas com a omissiva. Nessa linha, o garantidor possui domínio sobre o acontecimento que conduz a lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação[22].

Nas estruturas empresarias, o *Compliance Officer,* como afirmado acima, por delegação assume a posição do empresário, devendo, para figurar como garantidor delegado, além de poder controlar as causas do resultado, possuir domínio da fonte produtora de perigo. Também baseado no dever de vigilância, o empresário deve controlar os perigos que derivam de sua esfera de competência organizacional, o que pode ser atribuído ao *Compliance Officer*.

É importante ainda ressaltar que, na estrutura dos crimes omissivos impróprios, para atribuição de responsabilidade penal, não basta um simples descumprimento de um dever de agir. O simples fato de um omitente ter deixado de cumprir seu dever de atuar para evitar o resultado não significa que deverá responder pelo advento desse mesmo resultado, como se houvesse uma responsabilidade objetiva. É imprescindível que, além da existência

[22] SCHÜNEMANN, Bernad. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Coordenação: Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 70.

do tipo objetivo (caracterizado pela ocorrência do resultado, omissão, dever de agir, capacidade e possibilidade para evitar o resultado), para a configuração da tipicidade, a ocorrência do elemento subjetivo[23].

Os crimes omissivos impróprios são constituídos também pelo tipo subjetivo, que é o dolo e a imprudência. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o dolo, nesse caso, não precisa ser constituído de consciência e de vontade, bastando o conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir mais o conhecimento da posição de garantidor[24].

O elemento subjetivo do tipo de lavagem de capitais é essencialmente o dolo direito. No entanto, a complexidade em face do grau de consciência exigido sobre a procedência de ativos, provoca verdadeira celeuma quanto à existência de dolo eventual, nos casos em que há desconfiança da origem ilícita. Portanto, vem sendo aceito que a tipicidade subjetiva da lavagem de capitais na forma do *caput* do artigo 1º é limitada ao *dolo direto,* sendo o *dolo eventual* admissível apenas nos casos descritos no parágrafo 2º, inciso I da Lei de Lavagem de Capitais.

Nesse contexto, é possível aplicar a teoria da cegueira deliberada, caracterizada pelo fato de o agente se colocar em uma situação de ignorância em face das circunstâncias que possam demonstrar a ilicitude da origem dos ativos, permitindo assim, a imputação da lavagem de capitais. Seria o caso em que o *Compliance Officer,* conscientemente, deixa de implementar no programa de integridade de sua responsabilidade, mecanismos necessários ao recebimento de informações de operações suspeitas de Lavagem de Capitais, criando conscientemente um mecanismo que veda a chegada ao seu conhecimento de qualquer dúvida sobre a licitude dos bens.

---

[23] PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 113.

[24] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 70 e ss.

No entanto, a doutrina da cegueira deliberada exime os Tribunais de destacar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizariam a condenação por dolo eventual[25]. Percebe-se, por conseguinte, que a teoria da cegueira deliberada permite ampliação do conceito de dolo eventual, o que é problemático, pois nem toda situação de ignorância deliberada implica, necessariamente, em dolo eventual.

Portanto, nos crimes omissivos impróprios, o nexo de causalidade somente se completa quando há resultado, uma omissão, um garantidor com capacidade e possibilidade de ação, bem como quando a ação omitida certamente evitaria o resultado, tendo o omitente agido com dolo ou culpa[26].

Os crimes omissivos impróprios precisam ser interpretados restritivamente, sendo necessária para sua caracterização que o descumprimento de um dever de agir tenha provocado o resultado, ou seja, que a ocorrência do fato típico seja um evento decorrente da omissão. Melhor explicando, inexistindo a omissão o fato efetivamente não teria ocorrido. Bem como, o agente omitente, tendo conhecimento de seu dever e capacidade de evitação, se omita dolosamente, permitindo que o fato típico se concretize.

4.1.3 Elemento subjetivo do tipo: teoria do delito e o crime de Lavagem de Capitais

A primeira questão a ser debatida se refere ao conteúdo e aos elementos do dolo, devendo ser examinada também qual de suas interpretações demonstra-se mais adequada para a doutrina contemporânea, isto é, sob qual perspectiva deve ser estudado, levando-se em conta a teoria finalista e a funcionalista do delito.

O dolo conhecido pela doutrina finalista inclui em seu conceito dois elementos a saber, o cognoscitivo e o volitivo. É dizer, para que

[25] BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.** Navarra: Arazandi, 2012, p. 691.

[26] PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida...** p. 199.

haja uma conduta dolosa é necessário comprovar que o indivíduo atuou com conhecimento e com vontade de realizar o fato típico, ante a essencialidade de haver um querer humano[27]. Partindo-se deste discurso, o dolo é verificado no campo psicológico, devendo ser observado e descrito pelo intérprete do Direito, pois estaria no plano interno do agente[28].

Contudo, na prática de extração de uma intenção, derivada de um processo mental, o alcance da certeza não é palpável, até mesmo em razão da impossibilidade de sua demonstração. À vista da deficiência prática, ou seja, da não possibilidade de se aferir a existência ou não de um fato psicológico, o dolo passa a ser visto como o resultado de uma atribuição, e não de uma descrição mental do sujeito, de forma a se afastar o imperativo descritivo do sistema ontológico. Não é possível observar a intenção de praticar o crime, mas, sim, imputar ao agente o dolo por meio da percepção de indicadores externos. Por esta razão, a mencionada perspectiva do elemento subjetivo do tipo se denomina normativo-atributiva, uma vez que se atribui dolo a uma conduta, mediante a sua adequação àquilo que normativamente é imputado como tal[29].

Adiante, com vistas a aferir o que atribui certa conduta como dolosa ou imprudente, deve-se levar em conta a sua função valorativa. Esta diferenciação se dá em razão do maior ou do menor desvalor dos atos dolosos em relação aos imprudentes. Assim sendo, o desvalor da conduta se mede a partir do momento em que os indicadores externos demonstrarem o perigo da situação concreta para o bem jurídico, assim como a representação do agente a respeito desse perigo e a avaliação da sua decisão a respeito da realização deste. Maior é o desvalor das ações na medida em que o sujeito age a favor da conduta perigosa. No entanto, é o intérprete

---

[27] ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 433 - 434.*

[28] BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal de nosso tempo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p. 231.

[29] BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal de nosso tempo**..., p. 232.

do Direito que realizará esta verificação e atribuirá sentido doloso ou imprudente à conduta.

Considerando-se, portanto, o dolo como normativo-atributivo, a expressão "coisa que deva saber ser produto de crime", contida no § 1º, do art. 180, do CPB, aponta que o legislador teve a intenção de atribuir o conteúdo necessário à configuração do elemento subjetivo do tipo neste caso.

É possivel entender que esta expressão representaria o dolo eventual do indivíduo, ou seja, que pelas circunstâncias, valores e aspectos do produto ou da mercadoria o indivíduo deveria saber se tratar de produto de crime. Em outro passo, a utilização da expressão acima transcrita já estaria superada diante da teoria da normatividade pura da culpabilidade[30], pois o "deve saber" estaria relacionado à consciência da ilicitude, pertencente à culpabilidade, e não ao dolo.

A locução "deve saber", concebida como componente subjetivo do tipo, acabaria por gerar uma presunção de dolo, o que nada mais seria do que uma responsabilidade penal objetiva disfarçada, que não é compatível com o princípio da culpabilidade penal do direito pátrio.

4.2 A figura do oficial de conformidade e sua função empresarial

O atual contexto histórico vivenciado no cenário internacional com a globalização econômica e a integração supranacional, aliado ao alto desenvolvimento tecnológico, o progresso da informática e o avanço da comunicação global, promoveram a internacionalização da economia trazendo não apenas vantagens, mas também, o aperfeiçoamento da Lavagem de Capitais, bem como o desenvolvimento, em alta velocidade, dos crimes econômicos. Nessa conjuntura, o desenvolvimento de uma sociedade pós-industrial

[30] A mencionada teoria é responsável pelo deslocamento do dolo da culpabilidade para o tipo, assim como por retirar a consciência da ilicitude do dolo e realocá-la como elemento da culpabilidade.

inaugura a chamada "sociedade de risco"[31], caracterizada pela necessidade de tutelar bens jurídicos supraindividuais, provocando o expansionismo penal como forma de contenção dos novos riscos na busca por segurança.

Nesse ambiente globalizado dos riscos e desenvolvimento descontrolado da criminalidade organizada há uma movimentação internacional para a uniformização da resposta estatal, sobretudo, por meio do Direito Penal, como forma de repressão da macrocriminalidade globalizada. Portanto, é nesse ambiente que se insere a necessidade de participação do setor privado, em especial o setor empresarial, no controle e na prevenção de crimes por intermédio de programas de governança.

A preocupação em criar mecanismos de prevenção aos crimes econômicos por meio do *Criminal Compliance* tem início na década de 1970, sendo um dos marcos a Lei dos EUA denominada *Foreing Corrupt Practices Act*. do ano de 1977. No início do século XXI, os programas de *Criminal Compliance* desenvolvem uma grande expansão no globo. Outro símbolo de alta importância do *Criminal Compliance* foi à Lei *Sarbanes-Oxley* (SOX), que vigorou nos EUA a partir de 2002[32].

No cenário brasileiro, com a Lei 12.486/2013, chamada Lei Anticorrupção, o programa de integridade, o *Compliance,* se evidencia como uma realidade para o setor empresarial, em que pese a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) já ter inaugurado embrionariamente o instituto do *Compliance,* com as obrigações correlatas que impõe um dever de conformidade e vigilância de ações a evitar a prática de crime de Lavagem. Assim, ao menos do ponto de vista formal, o *Criminal Compliance* passa a tomar conta

[31] BECK, Ulrich.**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. Tradução de Sebastão Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

[32] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Criminal Compliance:* os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, a. 15, v. 16, p. 293-336, abr./jun. 2012.

do cenário jurídico brasileiro, especialmente no que se refere aos crimes de corrupção e Lavagem de Capitais.

A figura do responsável ou encarregado pelo setor de *Compliance*, como notadamente já descrito, *Compliance Officer* emergiu na doutrina alemã em razão da sentença do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 17/07/2009[33]. A mais alta corte alemã afirmou que ao *Compliance Officer* cabe, em regra geral, um dever de garante jurídico-penal no sentido de impedir que delitos surjam na empresa por parte de seus membros[34].

Essa, via de regra, seria a contrapartida do dever assumido frente à direção da empresa de impedir ilícitos. Na medida em que determinadas pessoas físicas nos invólucros empresariais aparecam como os encarregados de exercer tarefas de supervisão, vigilância e controle, resultado lógico é que surja a pergunta de até que ponto o seu incorreto desempenho pode desencadear responsabilidade penal.

Nessa acepção, Ricardo Robles Planas:

> Deve-se atentar para o fato de que não existe uma concreta definição da figura do *Compliance Officer*: seus contornos se perfilam de acordo com o entendimento geral relativo ao conceito de conformidade (*Compliance*) na empresa, isto é, a atividade de observar e seguir regras jurídicas no seio da empresa, que inclui o conglomerado de deveres para controle de perigos que se geram nos processos empresariais e a sujeição a todos os preceitos e medidas encaminhadas a assegurar o respeito de tais deveres[35].

Na conjuntura de um Direito Penal Empresarial e sobre a influencia da ética empresárial, frente ao fenômeno da expansão dos crimes omissivos, destaca Renato de Mello Jorge Silveira:

---

[33] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 245.

[34] *Idem, ibidem.,* p. 245 e ss.

[35] *Idem, ibidem.*, p. 246.

> Em ultima análise, a responsabilidade criminal dos dirigentes empresáriais há de ser seu comportamento diante dos seus deveres de garante, e, entendendo-se estes como controle e vigilância, tem-se que o criminal *Compliance* vai se mostrar, em boa medida como elemento definidor do que pode, ou não ser visto como crime dentro de um espaço empresárial[36].

Ainda torna-se válida a questão sobre a privatização da função investigatória nos delitos empresariais. O enfoque versa sobre o fenômeno em que o Estado convoca a empresa, por força (imposição legal) ou por recompensa (incentivos), a utilizar-se de seus próprios recurso para empreender práticas tendentes a prevenir delitos e investigar infrações penais ocorridas no âmbito de seus domínios empresáriais.

Neste sentido, André Rapozo Teixeira:

> [...] a análise integrada dos programas de Criminal Compliance, especialmente no que se refere a atuação preventiva da criminalidade econômica transnacional e as políticas anticorrupção, aos seus reflexos econômicos na atividade empresarial podem representar um novo paradigma para a política criminal e para a atividade econômica empresarial. O destaque dos riscos normativos da atividade empresarial frente a um modelo penal em expansão somados aos benefícios oriundos de programas preventivos podem ser o início de uma mudança na forma de relacionar a atividade empresarial ao Direito Penal[37].

Dita estrutura preventiva, depende, principalmente da atuação do *Compliance Officer*. Onde, de forma colaborativa em

---

[36] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão...**, p. 236.

[37] TEIXEIRA, André Rapozo, Impactos da conformidade penal na atividade econômica. In: CONPEDI (Org). **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 221-237. Disponível em: < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/9t8274u3/h92ptMr39YGBeVbz.pdf> Acesso em 21 jan. 2018.

interesses recíprocos, o ente público e a empresa trocam informações e se auxiliam mutuamente[38].

De tal modo, valendo-se do conhecimento que possui sobre sua estrutura societária, colaboradores e perfis mais expostos ao cometimentos de delitos, a empresa estruturária seu programa de prevenção, seguida do compartilhamento do resultado dessas atividades com as autoridades públicas.

4.2.1 Garantidores próprios e impróprios: o que cabe ao *Compliance Officer*

Inicialmente, sobre as possibilidades e as limitações de atribuição de responsabilidade do empresário como garante, deve-se ponderar que existe uma situação imperiosa de limitação ou contenção do uso da omissão imprópria. Sob tal prisma, é necessário avaliar se a percepção do empresário e do seu delegado é tão natural como pode parecer, ou se, em verdade, necessita de uma construção mais acurada.

Renato de Mello Jorge Silveira, ao tratar do tema:

> Ao trabalhar com a figura da delegação de funções acerca do problema do delegante em função do delegado [...] O que se espera do primeiro, sem dúvida alguma, é uma certa dose de responsabilidade a ponto de se evitar maiores riscos à empresa. Pois bem, nesse caso, tem-se a estipulação de deveres de garante de dupla ordem: deveres de garante do delegante (em bem escolher, e depois controlar e vigiar), e deveres de garante do delegado (em bem exercer suas funções). Seriam, pois, deveres primários e secundários[39].

---

[38] FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. **Direito Penal Econômico e Empresarial**: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 43.

[39] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 189.

É importante destacar que o delegante, em seu papel de garante próprio, sempre guarda deveres residuais decorrentes da sua posição de garante primário. Elencamos a supervisão, disponibilização de meios para o delegado atuar, a organização e a coordenação dos que estão sob seu controle como exemplos.

Assentado que também os deveres de controle e vigilância próprios da direção da empresa são suscetíveis de delegação, ao menos parcial, entra em cena a figura do *Compliance Officer*, quem, entre outras coisas, assume a vigilância sobre o correto cumprimento do Direito nas diversas camadas da empresa e a transmissão das informações relevantes com respeito aos órgãos de direção.

Certamente, o garantidor delegado não tem faculdades executivas, nem assume, com caráter geral, a obrigação de impedir delitos nos âmbitos submetidos à sua competência. Sua assunção é mais limitada: deve obter um conhecimento a respeito da conformidade ao Direito na empresa e, caso detecte que algo anda mal, deve transmitir o problema ao responsável para que este o corrija.

Ricardo Robles Planas descreve o que cabe ao *Compliance Officer*:

> [...] Por conseguinte, o *Compliance Officer* não assume a completa posição de garantia de controle ou vigilância por delegação do órgão competente, tampouco é gerada uma nova posição de garantia com o mesmo conteúdo. O assumido pelo *Compliance Officer* constitui somente uma parte da posição de garantia, a saber, o dever de investigar e transmitir informação ao órgão superior - autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa. No entanto, ainda que se trate da assunção mediante delegação de uma parte da função de vigilância e controle, não se deve infra-valorar sua importância para o correto desempenho da competência dessas funções do garante primário: o *Compliance Officer* dispõe da informação relevante para o cumprimento daquela função, o que o situa em uma posição privilegiada na empresa e condiciona a atuação do órgão diretivo a que o órgão

> delegado lhe faça chegar a informação para tomar as decisões e medidas organizativas oportunas[40].

É necessário ressaltar que os primeiros documentos jurídicos que cuidam desta questão se encontram depositados na Resolução 2.554, de 1998 do Conselho Monetário Nacional e na Lei de Lavagem de Capitais, Lei 9.613/1998, atualmente modificada pela Lei 12.683/2012, bem como, pelas resoluções emitidas pelo COAF. Certamente, também uma das funções do *Compliance* é a de identificação e prevenção das condutas de Lavagem de Capitais, que está na origem dos regramentos do *Criminal Compliance* no Brasil[41].

O *Compliance,* ou programas de conformidade e integridade, surge como instrumento de contenção de riscos, gerando para a pessoa jurídica um dever de colaboração na prevenção de delitos. É um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como, a atitude dos seus funcionários. Revelando-se, assim, um comprometimento do setor empresarial no cumprimento do ordenamento jurídico, criando, para tanto, regras internas de controle de comportamentos arriscados, códigos de condutas proibitivos de ações arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando.

Nessa linha, Silveira e Saad-Diniz sobre o *Compliance:*

> [...] orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condutas de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações de economia, ao combinar

[40] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal...**, p. 252.

[41] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal *Compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *Nemo tenetur se detegere:* cultura do controle e política criminal atuarial. **Revista de Direito da Universidade de Brasília.** Brasília, v.1, n.1, p.147 -171, 2014.

> estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros[42].

Trata-se de instrumento de controle de riscos, gerando para a pessoa jurídica um dever de colaboração com o Estado na prevenção de delitos, onde poderá caber ao *Compliance Officer* a implementação, gestão e fiscalização do programa.

4.2.2 Requisitos de responsabilização: delegação, retenção e liberação de responsabilidades, poderes e competências

Os crimes omissivos são alvo de forte divergência doutrinária. Os pressupostos para a imputação do crime omissivo sempre foram controversos, notadamente no que diz respeito à natureza da omissão, existência, ou não, de um conceito que inclua a ação e a omissão, equiparação entre ação e omissão e, ainda, pressupostos dogmáticos da estrutura do crime omissivo. Segundo Juarez Tavares, "a dogmática penal não pôde, até agora, dar uma solução definitiva a três séries de problemas fundamentais que cercam esses delitos, relacionados à sua natureza, à sua estrutura e à sua punibilidade"[43]. Isto não seria uma prerrogativa da omissão, mas da própria teoria do delito, na medida em que está se apresenta como o produto de controvérsias e juízos de valor, nem sempre compreendidos dentro de um consenso.

De tal modo, assinala Ilana Martins Luz:

> Apesar de todas essas divergências históricas, é possível notar que, atualmente, os crimes omissivos têm sido vistos com muita frequência na prática e no discurso jurídico, principalmente com a

[42] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Criminal Compliance:* os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, a. 15, v. 16, p. 293-336, abr./jun. 2012, p. 293.

[43] TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 28.

> ampliação dos deveres impostos a determinados segmentos sociais (como os deveres de *Compliance*)[44].

No que diz respeito aos pressupostos de responsabilidade , em primeiro lugar, é necessário que a omissão do *Compliance Officer* se refira a um delito que ainda não se tenha cometido. Se o delito foi consumado, somente se poderá falar de uma mera omissão de denúncia, não punida por nosso Direito penal. Com relação aos delitos ainda não consumados, normalmente as possibilidades de que o *Compliance Officer* poderia impedir sua realização serão de caráter indireto, isto é, mediante a correspondente derivação da informação relativa à futura comissão deste delito aos órgãos competentes para sua evitação.

Em segundo plano, o encarregado pela conformidade deve omitir uma conduta contrária aos deveres assumidos, cuja realização, como mínimo, houvesse suposto uma obstacularização à comissão do delito. Em regra, tratar-se-á da passividade do *Compliance Officer* diante de indícios sobre possíveis condutas delitivas ou da não transmissão de informação obtida ao órgão competente para impedir a realização de tais condutas.

Em terceiro lugar, é o requisito relativo ao risco de comissão delitiva não impedido seja um daqueles que o encarregado pela conformidade tenha assumido impedir. Com efeito, estamos diante de casos de delegação, o futuro delito deve pertencer a classe de delitos que incube à empresa impedir, isto é, aos delitos que se referem a atividade própria da empresa. Da mesma forma e dado que é possível que a não delegação do controle de todos os riscos próprios da atividade empresarial ao *Compliance Officer*, mas somente um leque restrito, o risco concretamente não impedido deve pertencer à classe de riscos cujo compromisso de controle foi assumido expressamente pelo *Compliance Officer*.

Complementa o raciocínio, Ricardo Roble Planas:

---

[44] LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 108.

> Nota-se, então, que os deveres do *Compliance Officer* são deveres frente a empresa, de forma que somente quando ocorre uma das situações típicas previstas no art. 450 CP espanhol (delito de omissão do dever de impedir determinados delitos) responderia penalmente por sua passividade[45]

Resta claro que o dever termina onde se dá cumprimento com o assumido. Isto é, uma vez que se tenha transmitido a informação relevante ao órgão competente para coibir o delito, e este órgão não o impede, o *Compliance Officer* não responderá penalmente por não ter empregado posterior medida para que o delito não ocorresse.

4.2.3 A imputação subjetiva

Constitui uma temática importante as dificuldades de imputação subjetiva do fato ao *Compliance Officer*, especialmente nos casos em que sua intervenção é qualificada como participação. Com efeito, com independência das dúvidas que a grande quantidade de casos de participação por imprudência pode suscitar no plano teórico, o certo é que a imensa maioria de delitos dos quais é possível imputar a responsabilidade penal[46] ao *Compliance Officer* são delitos para os quais somente a modalidade dolosa está prevista. Logo, converter-se-ia em atípicas todas as formas de participação por mera infração dos deveres de cuidado por parte do garantidor delegado[47].

Ainda mais discutível resulta que não se possa punir em nenhum caso a participação dolosa do *Compliance Officer*, mesmo quando não exista dolo do executor, ainda que se deva reconhecer que este é um caminho escassamente transitado pela doutrina e pela jurisprudência[48]. Deve-se chamar a atenção sobre os casos em que o *Compliance Officer* instrumentaliza ao órgão

---

[45] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal:...,** p. 254.

[46] "[...] o importante questionamento sobre se a chave para a adequada imputação da responsabilidade subjetiva estaria no centro anímico do indivíduo, bem como se a (suposta) intenção do autor em relação à produção do resultado constituiria o elemento fundamental para determinar o nível da imputação subjetiva." (VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. v. 1. p. 24.)

[47] Pode-se chegar a outra conclusão nos reduzidos casos onde a modalidade imprudente está prevista, como na lavagem de capitais e nos delitos contra o meio ambiente.

[48] PLANAS, Ricardo Robles. **Participación en el delito e imprudencia**, RDPC, 2000, pp. 223 e ss.

competente para a evitação do delito, conseguindo que tal órgão permaneça passivo. Em tais casos, cabe acudir à figura da autoria mediata, de maneira que desapareçam os obstáculos de imputação subjetiva antes mencionados para a participação.

Da mesma forma, nos delitos especiais surgem sérias dificuldades para o castigo das condutas do *Compliance Officer*. Com efeito, por um lado, naqueles casos em que o garantidor delegado comete a título de autor mediato um delito que requer determinada qualificação para ser sujeito ativo, não se poderá lhe castigar por ser *extraneus*.

E, por outro, se o empregado não atende à qualificação, o *Compliance Officer* também não poderá ser responsabilizado como partícipe pela infração dolosa se seus deveres de garante, segundo a concepção dominante das regras de acessoriedade nos delitos especiais.

Neste caso, não seria possível acudir à solução da autoria mediata, pois o *Compliance Officer* seguiria carecendo da qualidade requerida pelo tipo. Somente se entendesse que muitos dos delitos aparentemente especiais em verdade não o são, mas sim, delitos de posição, poder-se-ia chegar a construir a responsabilidade de quem não ostenta a qualidade especial, acudindo às regras gerais[49].

4.2.4 Deveres: objetivo de cuidado e o agir para evitar o resultado

Sobre a evitação do resultado e o cuidado para a diminuição do risco, a pergunta decisiva não é, portanto, se omissões podem ser causa, mas como deve ser concebida a relação entre omissão e resultado. A discussão atual gira em torno não do pacífico e conhecido exemplo do pai desnaturado que deixa seu filho afogar-se, mas de casos nos quais não está claro se a execução da conduta devida teria evitado o resultado.

[49] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal...,** p. 245 e ss.

Com base no também clássico exemplo da *mãe que deixa seu bebê morrer de inanição:* imagine-se que o bebê, ainda que bem alimentado, estivesse doente; a mãe não toma providência alguma, o bebê falece. Depois se descobre que o bebê suportava uma doença rara, e não se sabe se a prática da ação devida de chamar um médico e ou levar a criança ao hospital teria conseguido evitar o resultado morte. No caso destacado, pode a omitente ser responsabilizada pelo resultado ou, deve ela, em caso de dolo, responder apenas pela tentativa, e, nos crimes culposos, ficar impune?

Frente ao recorte acima, é destacável o ensinamento de Eduardo Viana:

> É amplamente conhecida a descrição segundo a qual age dolosamente aquele indivíduo que consciente e voluntariamente realiza os elementos do tipo objetivo. Tal desenho conceitual, repetido ao longo da historiografia jurídico-penal, permanece merecedor da simpatia da (ampla) maioria da doutrina e da jurisprudência analisadas. Há quem afirme, inclusive, com alguma dose de exagero, que sempre se sustentou o caráter eminentemente psicológico do dolo: em sua forma fundamental, o dolo conteria a decisão do indivíduo relativa à realização da conduta e o resultado derivado dessa decisão seria a própria expressão do seu componente psíquico fundamental, isto é, da sua vontade[50].

De acordo com Luís Greco, no Brasil, o problema parece ter sido pouco examinado:

> [...] é comum ler em nossa doutrina que, na omissão, inexistiria um nexo causal entre comportamento e resultado, de modo que seria necessário recorrer a um nexo "jurídico", o qual seria dado pelo dever de agir do art. 13, § 2. °, do CPB." Essa afirmativa é, contudo, duplamente errônea. Primeiramente, porque o dever de agir do mencionado dispositivo diz respeito ao desvalor do comportamento, enquanto o problema do nexo entre omissão e resultado diz respeito ao desvalor do resultado. O desvalor do comportamento concerne ao caráter proibido ou permitido de uma

[50] VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. v. 1. p. 23.

> determinada forma de agir; o desvalor do resultado, por sua vez, diz respeito às consequências do comportamento considerado proibido. O exemplo mais claro é o de uma tentativa em que nada ocorre: apertar o gatilho já é algo ilícito, isto é, já fundamenta um desvalor do comportamento. Se nada corre, falta, em princípio, um desvalor do resultado; mas o desvalor do resultado também está ausente, por exemplo, se o dano causado pela ação proibida não estiver mais compreendido pelo fim de proteção da norma[51].

Feitas as observações preliminares de Eduardo Viana e Luís Greco e antes de prosseguir é preciso, porém, fazer uma observação quanto ao significado da expressão garantidor de vigilância ou garantidor delegado. Essa expressão indica, como dito, o objeto de atenção do garantidor: a fonte de perigo. Assim, como o foco da atenção do garantidor de proteção é o bem jurídico sob sua custódia, o foco da atenção do garantidor de vigilância é a fonte de perigo sob seu controle. O conteúdo abstrato do dever de agir de ambos é agir para evitar o resultado[52]. Se para o desempenho desse dever têm de desempenhar atividades antecedentes de supervisão, controle ou cuidado, é algo que pode ser circunstancial.

Suponha-se a seguinte situação: uma mãe, garantidora de proteção, está na praia com sua filha, que está a nadar na parte rasa do mar, a qual tem também uma parte profunda poucos metros à frente, fatal para crianças. Ela tem o dever de vigiar a criança, não pode simplesmente virar as costas e ir comprar um suco, deixando-a sem supervisão, e se a criança se aproximar perigosamente da parte funda ou nela adentrar, tem o dever de agir para impedir o afogamento, socorrendo-a diretamente ou acionando o salva-vidas ou terceiro.

---

[51] GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução de Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21.

[52] ESTELITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 79 e ss.

Este exemplo demonstra que também garantidores de proteção podem ter que desempenhar atividades de vigilância, instrumentais ao cumprimento de seu dever de proteção.

Um dirigente que contrata um empregado, que, no mesmo dia em que contratado, coloca em ação um plano para praticar múltiplos estelionatos contra os clientes dessa empresa utilizando-se de sua atividade profissional, tem o dever de intervir para evitar esse resultado típico, muito embora não tenha violado qualquer dever de vigilância, por total falta de tempo hábil, aspecto, pois, circunstancial. Ao mesmo resultado se deve chegar, se esse dirigente for informado pelo setor de *Compliance* da iminente prática criminosa por um empregado no exercício de sua atividade para a empresa, tem o dever de intervir.

Não poderá alegar que, por ter implementado o melhor sistema de *Compliance* em sua empresa, e que, de tão eficiente, detectou a prática a tempo de evitar a ocorrência, cumpriu com isso seus deveres de vigilância e não tem, consequentemente, o dever de agir para evitar o resultado, qual seja: a prática criminosa do empregado. De uma tal concepção teria de decorrer a conclusão de que à omissão de implementação de um tal sistema de vigilância poder-se-ia imputar o resultado típico, ainda que entre esse ponto temporal e aquele no qual surge a situação de perigo que ativa o dever de agir do omitente exista um grande lapso temporal[53].

Em complementação, Heloisa Estellita:

> Essa distinção é relevante porque, na omissão imprópria, trata-se de imputar o resultado à omissão da ação esperada e legalmente exigida do garantidor e não à inobservância do dever objetivo de cuidado, o qual adjetiva essa omissão como uma omissão desvalorada (e, pois, no mínimo, culposa). Esses dois deveres

[53] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da ingerência**. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 159.

> podem ser descumpridos simultaneamente ou não. Neste último caso, a separação no tempo pode ser relevante[54].

Assim, o descumprimento de uma medida de cuidado ou vigilância pode dar-se em momento no qual não há sequer ameaça ao bem jurídico[55]. Podendo o descumprimento configurar ilícito extrapenal, mas não descumprimento de um dever de agir para evitar um dado resultado, no sentido da omissão imprópria.

4.3 Responsabilidade criminal do *Compliance Officer*, autor ou partícipe

Com já destacado, o *Criminal Compliance* surge no Brasil por meio da Resolução 2.554, de 1998 do Conselho Monetário Nacional e da Lei de Lavagem de Capitais, Lei 9.613/1998, em face das diretrizes internacionais de controle de atividade financeira, prevenção e a evitação de delitos. O sistema de repressão à Lavagem de Capitais, denominado por Nuno Brandão de sistema comunitário de prevenção ao branqueamento de capitais, é o conjunto de normas jurídicas elaboradas a partir de convenções internacionais incorporadas pela legislação nacional, que foram impulsionadas pela necessidade de construir um sistema de combate ao Alvejamento de Capitais, criando assim, deveres de vigilância das atividades financeiras[56].

Nesse contexto, surgiu a necessidade de desenvolver um sistema de prevenção ao Alvejamento de Capitais, onde foram agregados diversos setores profissionais para auxiliar no rastreamento da origem do capital ilícito inserido na economia

---

[54] ESTELITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 107.

[55] MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribuición de responsabilidade penal**: a propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008, p. 181.

[56] BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de Capitais: O sistema comunitário de prevenção.** Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 17 e ss.

formal. A Lavagem de Capitais se concretiza por intermédio de elementos dissimulatórios, como muito bem define Villarejo: é "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro"[57].

Nesse contexto se insere uma das questões mais debatidas em torno da responsabilidade do *Compliance Officer:* se a sua eventual responsabilidade penal deveria ser pronunciada a título de autor ou de particípe em comissão por omissão. A doutrina alemã majoritária chega à conclusão de que estamos diante de um caso de participação e, mais concretamente, de cumplicidade em comissão por omissão[58]. Isso se fundamenta na tradicional distinção entre posições de garantia baseadas em uma função de controle de fontes de perigo e posições de garantia baseadas em uma função de proteção de um bem jurídico.

Como se sabe, as primeiras dariam lugar à responsabilidade a título de participação, no caso de que o impedido fosse um delito cometido por outro, enquanto as segundas dariam lugar à responsabilidade a título de autoria. A posição de garantia ocupada pelo *Compliance Officer* deveria situar-se no primeiro grupo. Contudo, também é possível defender a qualificação de cumplicidade desde a teoria que encontra no critério do domínio do fato a distinção entre autoria e participação na omissão. Dado que o *Compliance Officer* não ostentaria o domínio real do fato, mas quando muito, deveria ser considerado partícipe do fato efetivamente dominado pelo autor do delito. Pelo contrário, um terceiro ponto de vista teórico sobre a delimitação deveria conduzir à qualificação de autoria da omissão do *Compliance Officer*, a saber, aquele que contempla os delitos omissivos como delitos de infração de um dever.

---

[57] VILLAREJO, Julio Nieves Díaz Maroto Y. **El blanqueo de capitales em El derecho espanõl.** Dykinson, 1999, p. 5.

[58] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 253 e ss.

Nesse sentido, Ricardo Roble Planas:

> No meu ponto de vista, a questão está erroneamente concebida desde o princípio, tanto pela doutrina majoritária quanto pela minoritária. Não se trata de predeterminar a solução pelo etiquetamento do garante em uma função para a qual se atribuem consequências distintas daquelas atribuídas a outra função. Ademais, a função de controle de fontes de perigo é intercambiável com a função de proteção de um bem jurídico: pode-se predicar do Complicance Officer que tem de proteger os bens jurídicos da empresa ou de terceiros frente a determinados perigos, assim como daquele que tem de controlar os perigos que surjam do âmbito assumido para esses bens. O problema de tal distinção é que ela não atende às razões materiais da responsabilidade. Além disso, também não se trata do domínio do fato, mas de se incumbe ao garante tal domínio. E a concepção que vê a todos os delitos omissivos como delitos de infração de um dever ignora que na comissão por omissão se trata da lesão de um dever negativo, de não causar danos aos demais, cuja infração não se produz pela mera ausência de prestações positivas, de fomento, ao bem em questão, mas pela realização de atos de organização (que naturalísticamente podem ser ativos ou omissivos). Quanto ao demais, resulta claro que as infrações de deveres (evidentemente no caso de deveres negativos, mas também no de positivos) são perfeitamente graduáveis atendendo a sua intensidade[59].

A possível solução poderá decorrer da adoção de critérios claros sobre o controle da ação ou omissão por parte do agente. Aquele que se possa imputar conduta de maior ou menor relevância sobre o crime terá a sua punibilidade derivada desta responsabilidade.

4.3.1 A imputação pela omissão imprópria

Destaca Iniesta, a respeito da Lavagem de Capitais:

> [...] que a lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem ilícita é investido, ocultado,

[59] PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal...**, p. 256-256.

> substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiro-legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita, portanto, a prevenção a esse tipo de delito, necessita do rastreamento dos passos percorrido pelo capital ilícito até sua introdução na economia[60].

Diante disso, a legislação brasileira, absorvendo o movimento internacional de combate à lavagem, desenvolveu um sistema preventivo em que gerou uma série de obrigações e deveres, como a identificação e informação de toda operação financeira suspeita e atípica. Essas obrigações foram destinadas a agentes externos ao sistema de investigação, a outros setores para o aprimoramento da regulação, trazendo para persecução criminal a atuação de agentes financeiros. Especificando que determinadas pessoas físicas e jurídicas possuem obrigações de identificar seus clientes e a manter registros dos mesmos, e por outro lado, comunicar certas operações financeiras, tudo com o objetivo de evitar o crime, o que denota uma noção de *Criminal Compliance*.

Nessa perspectiva, a instituição de programas de integridade com fundamento nas obrigações e deveres de identificação e comunicação de operações financeiras suspeitas, resta normatizada na legislação brasileira no art. 11 da Lei 9.613/1998, em que pese a previsão expressa de sanções administrativas no caso de descumprimento impõe uma analise das implicações jurídicas decorrentes de sua inobservância no campo da imputação da responsabilidade penal, com a colocação da infração de dever. Isso quer dizer que, firmado o *Compliance Program,* qualquer comportamento dos *strkeholders* passa a receber a orientação do *risk-based approach,* nenhuma ação pode mais negligenciar os deveres de cuidado necessário no investimento[61].

---

[60] INIESTA. Diego J. Gomes. **El delito de blanqueo de capitales em derecho espanñhol.** Barcelona: Cedecs, 1996, p. 21.

[61] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 243 e ss.

Nessa perspectiva a omissão imprópria passa a ser um relevante a ser investigado. Viu-se que o Estado, e também os operadores do Direito em seu afã normativo criminalizando, muitas vezes acabam por gerar tipos bastante viciados, muitas vezes desprovidos de legitimidade. De certo modo, o Poder Legislativo se transformou em uma fábrica de criação de delitos, nem sempre legítimos. Jakobs, por outro lado, ao tecer sua famosa crítica à teoria do bem jurídico, tem como um de seus lastros a ideia de que toda a institucionalização da atividade estatal pode converter-se em bem jurídico,[62] e recorda que isso poderia ser alargado ao se afirmar pela capacidade cada vez mais frequente de formulações típicas desvinculadas de um dano. A dúvida inicialmente posta diz, assim, respeito ao que se pretende com um novo modelo penal.

A constatação de um Direito Penal alarga do agrado de alguns que entendem ou que a função do Estado é justamente essa, ou que é assim que se garantiria uma utópica paz social, peca em diversos pontos. Embora seja verdade que isso torna aparentemente mais fácil a aplicação do Direito Penal, pode, entretanto, gerar como efeito reverso, um fenômeno similar ao de *black hole*[63] criminal. Como destaca Renato de Mello Jorge Silveira:

> Recorde-se que os buracos negros, segundo a física, são resultados de deformações no espaço-tempo, nos quais até mesmo a luz é sugada ao seu interior. Pois bem, a expressão pode ser empregada ao Direito Penal na medida em que a utilização de um instituto, como o da omissão, pode gerar a opção de desenfreado apelo de simples não cumprimento de dever especial de cuidado. Caso não se tenha em mente as particularidades hoje postas em relação a isso, ou se gerará condenações ilegítimas ou se terá impunidades marcantes[64].

---

[62] JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción por Joa quín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 49 e ss.

[63] HAWKING, Stephen William. **O universo numa casca de noz**. Tradução Mônica Gagliotti Furtado Friança. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 29 e ss.

[64] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial...**, p. 110.

Dita expansão do Direito pela via da omissão imprópria, sem as devidas garantias, poderá se transformar em um sistema autopoiético de busca por punição.

4.3.2 A dogmática brasileira

Ainda que a Lei de Lavagem de Capitais institua um dever de *Compliance* para as pessoas sujeitas aos mecanismos de controle, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de capitais, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificações de atividades suspeitas[65]. O descumprimento das regras existentes no art. 10 "identificação de cliente e registro de operações" e no art. 11 "comunicação de operações financeira", ambos da Lei de Lavagem de Capitais, não atrai o dever de garantidor, uma vez inexistir qualquer referência expressa à evitação de atos de alvejamento.

Vistas as construções acima, cumpre assinalar que o direito brasileiro aparentemente manteve-se quase que à parte da discussão. Passa ter grande relevância a o pensamento de Roxin, segundo o qual, genericamente a omissão constitui-se no capítulo mais obscuro e discutido na dogmática da parte geral[66], poder-se-ia dizer que, no Brasil, ela se demonstra obscura e pouco utilizada.

Ocorre que com o novo enfoque do Direito Penal supraindividual e lastreado na omissão, o papel desta ganha importância. Justifica-se o estudo para se saber quando, por que e como punir ou não punir um agente pela prática de crimes econômicos impresáriais[67].

---

[65] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com alteração da Lei 12.683/2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 17 e ss.

[66] ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo II.** Tradução de Diego Manuel Luján *et al*. Madri: Civitas, 2001. p. 845 e ss.

[67] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial...** p. 125.

4.3.3 A Lavagem de Capitais pela via da omissão imprópria

O crime de Lavagem de Capitais, em todas as suas modalidades previstas na legislação brasileira, é comissivo, exige um agir positivo do agente, não sendo possível a prática na forma de omissão própria. No entanto, os crimes ativos de resultado podem ser praticados por omissão imprópria, nos termos do art. 13, §2° do CPB, bastando para isso que o agente tenha o dever de impedir o resultado, figurando como garantidor, possuindo capacidade de fazê-lo e não evite sua ocorrência.

Existe em face dos delitos de lavagem de capitais, no que se refere à responsabilização dos dirigentes de empresas e de seus garantidores delegados, em especial aos dirigentes de instituições financeiras, a demasiada atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria, bem como da análise da existência do dolo. Nesse sentido, Badaró e Bottini são categóricos, afirmando ainda a existência de uma indevida presunção de um dever de garantia, utilizado como instrumento de superação das dificuldades probatórias da participação efetiva e ativa dos dirigentes em atos de lavagem[68].

Na estrutura do delito omissivo imprópio, desenhado pelo art. 13, §2° do Código Penal brasileiro, a figura do garantidor, aquele que deve e pode agir para evitar o resultado, nos casos em que o agente se enquadra a uma das figuras disciplinadas nas alíneas do parágrafo segundo: *a)* por lei tem a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; *b)* de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; *c)* com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Sendo assim, não se pode admitir que o descumprimento das regras administrativas de auxilio a prevenção da lavagem de capitais, permita a imputação por omissão

[68] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro...**, p. 17 e ss.

imprópria, uma vez que também é necessário observar a capacidade de impedimento e a existência de atribuição de controle.

É necessário, portanto, que os programas de integridade, objetivados à evitação das práticas de lavagem de capitais, precisam estabelecer claramente os deveres para além dos instituídos na Lei 9.613/1998, estruturando sistemas de *criminal Compliance* com regras de responsabilidade expressas e claras.

Como já se observou, não existe na legislação brasileira um regramento explícito estabelecendo regras concretas para o *Compliance Officer,* instituindo suas funções e responsabilidades, inviabilizando verificar, como regra geral, a configuração de sua posição de garantidor. Sendo assim, sua responsabilidade por omissão imprópria decorrerá da existência de funções de cumprimento, integrantes do dever de controle e evitação de atos constitutivos da reciclagem de capitais, que compete ao empresário, transmitidas por delegação na efetivação do *Criminal Compliance.*

Portanto, caso o *Compliance Officer,* na estrutura da empresa, não tenha poderes de administração ou, ao menos, de veto de ações da administração, não se poderá dizer que ele, de fato, detém possibilidade de agir para evitar o resultado[69], não existindo a posição de garantidor, inviabilizando a imputação de Lavagem de Capitais por omissão imprópria. Portanto, é imprescindível que o *Compliance Officer* tenha capacidade de administração, especificamente, o poder de decisão e veto, ou suspensão das ações dos administradores da pessoa jurídica.

Nas estruturas de um *Criminal Compliance* objetivados para a prevenção de atos de lavagem de capitais, para além das obrigações correlatas nos art. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Capitais, o controle e evitação de atos de lavagem exigem mecanismos, que permitam o agir do *Compliance Officer* para a sua não concretização, atuar firmemente nas fases de colocação de bens ou valores na economia

[69] COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Mariana Pinhão Coelho Araújo. *Compliance* e julgamento da AP n.470. **Direito penal e processual penal: leis penais especiais.** São Paulo: RT, 2015, p 29 e ss.

ou, no momento da mascaração da sua origem por meio de processos fraudulentos. Ressaltando-se mais uma vez, que eventual omissão em face das obrigações disciplinadas pelos art. 10 e 11 da Lei de Lavagem, caracterizam infração administrativa, uma vez que não ficou ali instituído o dever de evitar o delito, mas tão somente, a criação de estrutura de armazenamento e informação de dados.

Por outro lado, a lavagem, como já conceituada, caracteriza-se pela ocultação e dissimulação da origem ilícita dos capitais, e realizada por três fases distintas: inicia-se pela colocação de bens ou valores na economia (ocultação); a mascaração da sua origem por intermédio de processos fraudulentos (dissimulação) e, por fim, concretiza-se com a integração junto à economia daqueles bens ou valores fruto de um ilícito (integração).

Sendo assim, a posição de garantidor para evitar resultado típico de lavagem, exige efetivo controle (poder agir) em umas das duas fases constitutivas do delito, tanto na fase de ocultação quanto da dissimulação da origem ilícita do capital. Razão pela qual, as obrigações correlatas nos art. 10 e 11 da Lei 9.613/1998, não revelariam uma posição de garantidor de seus obrigados, pois não se relacionam aos elementos objetivos do tipo, a ocultação e dissimulação.

Não é demais destacar que o tipo objetivo da lavagem de capitais utiliza-se de dois verbos, *ocultar* e *dissimular,* tratado como delito de ação múltipla. Portanto, o âmbito de proteção típica engloba a conduta do agente que visa distanciar o capital de sua fonte geradora, o ilícito penal, para que ganhe uma aparência de obtenção lícita.

Nesse contexto, para o efetivo cumprimento do programa de integridade, é necessário mecanismos de controle que possam intervir diretamente na ação típica, quebrando o nexo causal entre a alteração do estado do objeto da lavagem e as práticas de ocultação e dissimulação. Assim sendo, o *Compliance Officer,* necessariamente precisa exercer controle sobre as fontes geradoras de risco, caracterizadas pela ocultação e dissimulação, sendo insuficiente o

simples dever de informação, para que possas assumir a posição de garantidor com dever de evitar o resultado delitivo.

É importante pontuar, conforme Prittwitz, ser necessário à existência de um comportamento doloso, cujo dolo se pode provar, sendo que o *Compliance Officer* somente poderá ser punido se deixar de cumprir seu dever de evitação do resultado, no momento em que o fato é realizado. Assim, evidenciando a necessidade de que o dever de agir, possa efetivamente influenciar no curso causal da ação de ocultação e dissimulação da origem ilícita de capitais, demonstrando ainda, a existência de controle sobre o fato objeto da Lei de Lavagem[70].

A responsabilidade do *Compliance Officer,* a primeira vista, parece incontestável, entretanto, uma análise mais aprofundada, traz verdadeiros questionamentos sobre sua responsabilização por omissão imprópria. Portanto, o *Compliance Officer* não é um garante de proteção, mas de vigilância, necessitando de outros pressupostos de punibilidade, a exemplo do dever de evitação do fato, sendo necessário controle sobre o fato, pois possui dever de informar e não o de somente tomar medidas para evitar.

No entanto, é possível a existência de dever de evitação de atos de lavagem de capitais ao *Compliance Officer*, sendo imprescindível para tanto, o controle sobre as fontes produtoras de riscos, sendo plenamente possível sua intervenção para evitar a consumação delitiva. Portanto, na formação do programa de *Criminal Compliance,* deve estar perfeitamente estabelecidos os poderes de ação do *Compliance Officer,* permitindo-o atuar com capacidade de agir para evitar o resultado.

É preciso ter cuidado com a imputação dos tipos previstos na Lei de Lavagem de Capitais na modalidade da omissão imprópria, para que não seja aplicada uma responsabilidade penal objetiva, punindo o terceiro desinteressado em fato típico alheio. A imputação

[70] PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de lós ***Compliance Officer*.** IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Complance y teoria del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 77.

por omissão imprópria cresce de forma exponencial, promovendo um expansionismo penal, sem que seja necessária a criação de novos tipos penais, confrontando assim, notoriamente o princípio da legalidade.

A corroborar com o exposto, Renato de Mello Jorge Silveira:

> O que parece ser necessário, isso sim, é a dimencionalização, dentro de uma realidade nacional, do papel da omissão de um modo geral, da omissão imprópria, em particular, e da figura do garante para além de uma intelecção básica, pretendendo, dessa forma ancorar as possíveis fronteiras de legitimidade dessa quadra de imputação no Direito Penal, e em especial o Direito Penal Empresarial. Enquanto isso não for feito, estar-se-á, unicamente, a referendar a possibildade expansiva e desregrada do Direito Penal, como se não houvesse regras, freios ou lastros dogmáticos para aceitar ou limitar o uso da omissão imprópria. O Direito Penal da omissão continuará, pois, aparentemente irracional, não havendo como idealmente utilizá-lo[71].

Todo o exposto conduz à manifestação de que os deveres de *Compliance* e os requisitos adequados para a estruturação de um respectivo programa de cumprimento, servem como uma estrutura com fins de elucidar e demonstrar os requisitos do crime omissivo impróprio, mas que não podem ser analisados em abstrato para servir como arcabouço de atribuição automática de responsabilidade.

Destaca-se, que os parâmetros aqui traçados, à luz dos critérios de tipicidade na contextualização dos crimes omissivos impróprios, combinados com as condições de um programa de *Compliance* eficaz, poderão ser utilizados como orientação aos intérpretes e julgadores do Direito para a verificação ou não da responsabilidade penal por omissão imprópria.

---

[71] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 129.

5

Considerações finais

1) A linha de pesquisa do presente estudo, correlacionada ao Direito Penal Econômico, se refere, exatamente, à constatação de que o Direito Penal, hodiernamente, para tratar das necessidades surgidas no âmbito da sociedade de riscos, vem sofrendo um processo de expansão promovido pelos Estados e outras áreas vêm passando ainda por um recrudescimento de seus contornos, por vezes até, adotando medidas de ordem criminal, como demonstrado acerca da Lei de Lavagem de Capitais;

2) A expressão sociedade de riscos designa a sociedade atual como permeada pelo risco e medo. O risco se correlaciona com as atividades empreendidas atualmente e à globalização, que faz com que as coletividades estejam imbricadas, interligadas, de sorte que a afetação direta de uma comunidade termina por afetar várias outras;

3) Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um Direito Penal Econômico para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal;

4) Nesse âmbito de nascimento de riscos e novas demandas, o Direito Penal se manifesta, muitas vezes, como um Direito Penal de emergência ou como Direito Penal simbólico, expressões por meio das quais a doutrina destaca o surgimento, quase sempre, de

pedidos por novas leis incriminadoras e endurecimento de penas todas as vezes que surge uma situação de emergência social;

5) Os crimes de perigo abstrato são marca da sociedade de riscos e da incapacidade de gestão pela Administração de certas atividades, de sorte que surgem proibições a condutas que não representam, a priori, lesões a bens jurídicos ou até riscos reais. Proíbem-se, assim, as atividades arriscadas e não a criação do risco concreto;

6) O crime de colarinho branco, ou de colarinho duro, rotulado e etiquetado por Edwin H. Sutherland, apresenta características criminológicas próprias, que demonstram a existência de uma associação diferencial, o crime é absorvido pelo meio em que o sujeito vive, distinguindo assim, os tipos econômicos;

7) Apresentada a descrição típica contida no § 2º, II, do artigo 1º da Lei 9.613/1998, que dispõe acerca da colaboração para o cometimento do delito de Lavagem de Capitais, prevendo a punibilidade de terceiros intervenientes na ação do "lavador", abordou-se a intervenção por omissão, na modalidade omissão imprópria, como técnica de imputação penal;

8) A posição de garantia, elementar típica dos delitos de omissão imprópria, pressupõe deveres de cuidado definidos e que o vínculo de garantia ou obrigação de atuar de modo esperado deve ter um caráter jurídico e uma fundamentação material que o legitime; para tanto, foram abordadas as teorias acerca do dever de garantidor, elemento definidor dos tipos omissivos impróprios;

9) A figura de autor em um crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, somente pode ser atribuída a quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, que tenha a consciência do dever jurídico de protegê-lo e a capacidade para agir direcionando a buscar a não superveniência do resultado;

10) Busca-se, por intermédio da Lei, exercitar uma função preventiva, uma atuação pretérita ao cometimento dos atos ilícitos por meio do instituto do *Compliance*, razão pela qual se percebe a estratégia de gestão de riscos;

11) A expressão *Compliance*, que vem da língua inglesa, pode ser traduzida como cumprimento e conformidade. Trata-se de conceito relacional, que diz respeito à harmonia, com algo em conformidade;

12) Na autorregulação regulada, a conformidade é relacionada à organização empresarial interna para a observância das regras do Ordenamento Jurídico a que a pessoa jurídica está sujeita. Em Direito Penal Econômico, o *Compliance* busca prevenir a ocorrência de riscos aos bens protegidos por esse ramo do conhecimento jurídico;

13) *Compliance* ou programa de comprometimento é instrumento de contenção de riscos, um meio para evitar perigos. Constitui-se, assim, como comprometimento da empresa com o cumprimento do ordenamento, mediante criação de código de conduta interno, com vistas a alcançar tal finalidade, por intermédio da proibição de condutas arriscadas e estruturação de uma cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando;

14) Com o estímulo à adoção de programas de comprometimento, o que se quer é fazer com que as próprias pessoas jurídicas se tornem responsáveis por conter as condutas arriscadas, por meio de um código interno de conduta, além de fiscalizar a ocorrência de práticas indevidas, por essa razão, atento ao conceito de *Compliance;*

15) A prevenção da concretização do ilícito penal nos invólucros empresáriais, incorporadas às práticas de governança corporativa, poderá resultar em nítidos avanços na política criminal nacional, especialmente nas áreas da criminalidade econômica transnacional, na medida em que se substitui o ineficaz estimulo pela ameaça de

pena, por um incentivo positivo advindo dos benefícios do melhor desempenho da atividade econômica em adequação às normas de prevenção e conformidade;

16) Entretanto, eventual falha no programa de *Compliance* não pode ser, automaticamente, ensejadora de responsabilização do *Compliance Officer*, sob pena de responsabilização penal objetiva, vedada pelo ordenamento pátrio;

17) Sobre as obrigações de *Compliance* previstas nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998, impostos pela norma referida com o escopo de reduzir riscos de cometimento dos crimes de Alvejamento de Capitais no interior da empresa, e a possibilidade de as mesmas fundamentarem uma posição de garantia em relação aos sujeitos obrigados, conclui-se que a violação desses deveres possui natureza administrativa, pois não ofende o bem jurídico-penal tutelado pela Lavagem de Capitais, a ordem social e econômica. Não satisfeita a exigência da ofensividade, não há legitimidade para a tutela penal e sim para a tutela de mera ordenação social;

18) Os deveres de *Compliance* voltados à prevenção da Lavagem de Capitais foram positivados, de maneira incipiente, na refelida legislação. Em 2012, contudo, com a alteração promovida pela Lei 12.683/2012, os deveres de *Compliance* foram positivados de forma mais incisiva, determinando a colaboração mais expressiva com o Estado;

19) Os particulares de setores estratégicos da economia, sensíveis às condutas de Lavagem de Capitais, devem se organizar para auxiliar na prevenção ao crime realizando alguns deveres, tais como: identificação e diligência dos clientes, registro de informações sobre as transações comerciais realizadas, exame de operações para verificar se há suspeição da prática do crime, comunicação de operações suspeitas a órgão regulador próprio, conservação dos

documentos e sigilo em relação à comunicação e colaboração com as autoridades em caso de requisição;

20) A responsabilidade criminal a título de omissão imprópria não deve ser automatizada e imputada com a simples alegação de inobservância dos deveres de *Compliance*. Defender esta responsabilização implicaria na legitimação da responsabilidade objetiva, vedada pelo ordenamento jurídico;

21) A responsabilidade que provém dos deveres de diligência, exame e comunicação de determinadas movimentações financeiras possui alto grau de subjetividade, reivindicando uma atuação proativa do profissional atuante, podendo, inclusive, levá-lo a exorbitar a influência de sua atuação;

22) Para que se possa atribuir responsabilidade penal aos gestores e/ou responsáveis pelo programa de *Compliance* a título de omissão imprópria no contexto da positivação dos deveres de autorregulação regulada, faz-se mister a conjugação das previsões de *Compliance* com os elementos da estrutura do tipo penal omissivo impróprio, evitando-se responsabilidade automática e objetiva em matéria criminal;

23) A resposta sobre o limite da responsabilidade criminal por omissão e inobservância dos deveres de *Compliance* depende, em princípio, do estabelecimento de premissas para a responsabilidade penal por omissão e, em seguida, da conjugação destas premissas com os requisitos essenciais do programa;

24) A omissão e os critérios para a responsabilização criminal desta são alvo de muita controvérsia na dogmática penal. Neste escrito científico, verifica-se que a natureza jurídica da omissão não equivale à da ação, de modo que ambas as formas de comportamento humano são distintas entre si no plano do ser, e, como tal, devem ser tratadas e valoradas pelo Direito;

25) Os resultados devem ser imputados objetivamente a um omitente, portanto, já quando a realização da conduta devida tivesse diminuído a ocorrência do risco do resultado, pois, em casos dessa ordem, está presente a ratio do desvalor do resultado - a saber, documentar de modo enfático que a ordem jurídica tinha razão ao proibir um determinado comportamento. A configuração concreta de um resultado deve ser definida exclusivamente mediante uma referência a dados de tempo e intensidade/quantidade, com o que se torna possível conceber, também para os delitos omissivos, uma teoria da diminuição do risco que não mais substitui a causalidade, mas que a ela se adiciona como mais um pressuposto limitador da punibilidade;

26) No caso de omissões simultâneas de vários garantidores, do garantidor e do seu delegado, se dolosas, podem configurar uma coautoria, que permite uma imputação recíproca do comportamento de todos os envolvidos. Essa figura é, contudo, inaplicável aos crimes culposos. Ainda assim, é possível imputar os resultados às omissões de vários garantidores na medida em que elas sejam componentes necessários de condição suficiente para o resultado e, portanto, causadoras deste;

27) Em casos de omissões sucessivas, a imputação do resultado ao primeiro omitente pode, salvo concretas indicações em sentido contrário, partir de uma regra de experiência segundo a qual o garante que deve agir posteriormente observará seu dever;

28) As regras de imputação devem possuir limites claros e exatos em um Estado de Direito, sendo as regras de atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria um grande desafio para o novo paradigma da dogmática penal. O uso indiscriminado, sem controles rígidos na avaliação da posição de garantia, da ocorrência de uma omissão que permite a realização do resultado e do elemento subjetivo, fere o princípio da legalidade;

29) No entanto, os crimes ativos de resultado podem ser praticados por omissão imprópria, nos termos do art. 13, §2º do CPB combinado com o art. 1º, §2º, II da Lei 9.613/1998, bastando para isso que o agente tenha o dever de impedir o resultado, figurando como garantidor, possuindo capacidade de fazê-lo e não evite sua ocorrência;

30) A ideia de criação de programas de integridade no âmbito do setor privado para o controle de ações delitivas é louvável, permitindo a construção de uma sociedade equilibrada e justa. Todavia, não é possível admitir que o surgimento do *Criminal Compliance* abra uma porta para a expansão do Direito Penal Econômico, gerando insegurança nas relações socioeconômicas;

31) Os delitos omissivos impróprios necessitam de interpretação restritiva, visto que a regra é a punição de ações delitivas, o que verdadeiramente interessa é impedir que o agente pratique a Lavagem de Capitais, não a punição de terceiros que atuem na engrenagem empresarial fomentando desenvolvimento;

32) O *Compliance Officer,* para que possa figurar como garantidor na efetivação dos programas de *Criminal Compliance* no combate ao Alvejamento de Capitais, necessita de um efetivo controle das ações empresarias, possuindo meios de controlar e ou evitar ação possivelmente delitiva;

33) A responsabilidade omissiva imprópria por Lavagem de Capitais somente ocorrerá, se concretamente houver: omissão, resultado, tendo o garantidor e/ou seu delegado capacidade e possibilidade de agir na certeza de que a ação teria evitado o resultado, existindo ainda, o elemento subjetivo, o dolo, conhecimento do perigo;

34) O Direito Penal, em outras palavras, não pode tudo, nem serve para tudo, punindo irresponsavelmente qualquer conduta praticada

por determinado dirigente empresarial e/ou seu garantidor delegado. Estariamos assim, em um verdadeiro *black hole* expancionista;

35) Destaca-se que as teses hoje necessárias dizem, sim, respeito a como enfrentar penalmente, de forma responsável, a questão penal empresarial, e nesse sentido, quando e como punir e quando e como não punir;

36) Para que se pense acerca dos problemas que envolvem a inserção do *Criminal Compliance* no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se, com o presente escrito, chamar a atenção sobre a necessidade de uma discussão mais amadurecida sobre a responsabilização pela via da omissão imprópria.

Referências

AFTALIÓN, Enrique. El Bien Jurídico Tutelado Por El Derecho Penal Económico. **Revista de Ciencias Penales**. Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, tomo XXV, n. 2, p. 79-91 Mayo/Agosto. 1966.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

APARICIO, Nestor. **Ideas sobre la defensa penal de la persona jurídica.** Disponível em: < http://www.controlcapital.net/noticia/3745/*Compliance*/ideas-sobre-la-defensa-penal-de-la-persona-juridica.html >. Acesso em: 23 mar. 2018.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. O Direito Penal Econômico. **Revista do Instituto Brasileiro das Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, jan./mar. 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Impropios de Omisión.** Buenos Aires: Pannedille, 1970.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.

_____. El desatinado delito de blanqueo de capitales. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina (Eds). **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 5/1994. p. 5-24, jan./mar. 1994.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delitiva del *Compliance Officer*.** IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Complance y teoria del derecho penal. Madrid:Marcial Pons, 2013.

BECK, Ulrich.**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed.Tradução de Sebastão Nascimento. São Paulo: Editota 34, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal Econômico**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Arazandi, 2012.

BONACCORSI, Daniela Villani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**: **análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO. Cláudio. **Teoria Jurídica do** Crime. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**. Coimbra Editora, 2002.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Presidência da República. **Decreto 5.015 de 13.03.2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Brasília, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Presidência da República. **Decreto 5.687 de 31.01.2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das nações Unidas em 31.10.2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Banco Central do Brasil. **Conselho Monetário Nacional**. Disponível em: <http://bcb.gov.br/pre/normativos/res/2006/pdf/res_3380_v2_P.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/relinter/reguladoresdevalores.asp> Acesso em: 21. Jan. 2018.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Exposição de Motivos 692 do Ministério da Justiça.** Relativa à Lei 9.613, de 03.03.1998. Brasília, dez 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view> Acesso em: 21. fev. 2018.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Processo de Avaliação do Brasil pelo GAFI/FATF conta com a coordenação do COAF**. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/processo-de-avaliacao-do-brasil-pelo-gafi-fatf-conta-com-coordenacao-do-coaf> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Federação Brasileira de Bancos** FEBRABAN. **Acervo Digital**. Disponível em: <https://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Imprensa/Artigo_Basileia_6.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Ministério da Justiça. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro**. Brasília, 2003. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/enccla. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Decreto-Lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Presidência da República. **Decreto 154, de 26.06.1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Presidência da República. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens [...]. Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613 compilado.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Presidência da República. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/l7492.htm> Acesso em: 02 fev. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal de nosso tempo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

CALDERA, Alejandro Serrano. **Razón, derecho y poder: reflexiones sobre la democracia y la política**. Managua: Hispamer, 2004.

CALLEGARI, André Luís. ***Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n. 9.613/98***. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *In:* CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org). **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: PODIVM, 2010.

_____; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de Risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís (Orgs). **Direito Penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; WEBER, Adriel Barazzeti. **Lavagem de dinheiro**, 2 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan, 2012.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da discriminação e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CERVINI, Raúl**; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio**. ***Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHAVES, Raul. Descriminalizações e despenalizações no Direito Penal positivo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59 jul/set. 1978.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. ***Revista de Direito Penal e Criminologia***, Rio de Janeiro, nº 33, jan./jun., 1982.

_____.**Direito penal: parte geral.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

CORSI, Francisco Luiz. A Globalização e a crise dos Estados Nacionais. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. **Desafios da Globalização**. Petrópolis: Vozes, 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Mariana Pinhão Coelho Araújo. *Compliance* e julgamento da AP n.470. **Direito penal e processual penal: leis penais especiais.** São Paulo: RT, 2015.

COUNCIL OF EUROPE. **Convênio de Estrasburgo**. Estrasburgo, 1990. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/treaties/Html/141.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Recommendation no. R (80) 10**. Estrasburgo, 1980. Disponível em: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet> Acesso em: 20 jan. 2018.

CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs).

***Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/12742> Acesso em: 27 jan. 2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. *In:* FAYET JÚNIOR, Ney. (Org.) **Ensaios Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

_____. O espaço do direito penal no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 64, p. 78-98, jan/fev 2007.

_____; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância no âmbito normativo. *In:* FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado. (Org.) **Ciências Penais:** perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

D' Albora D''ALBORA, Francisco J. **Lavado de dinero**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio**.** Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds). **Política criminal y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Parlamento Europeu. Jornal Oficial das comunidades Europeias. **DIRECTIVA 2008/20/CE.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008L0020> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **DIRECTIVA 2007/64/CE.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007L0064> Acesso em: 21 jan. 2018.

DOYLE, Charles. **Money laundering: an overviem of 18 U.S.C. 1956 and Related Federal Criminal Law**. Washington, D.C. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

DUARTE, Luciana Sperb. Teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Federal da Iª Região.** Brasília, v. 17, n. 6, p. 41-64, jun. 2005. Disponível em: <http://www.trfl.gov.br> Acesso em: 28 jan. 2018.

DUROZOI, Gerárd; ROUSSEL, André. **Dicionário de Filosofia.** 2. ed. Traduzido por Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestações do Direito Penal do Inimigo**. 2005. 263 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

_____. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Recife, 2011.

_____; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de dinheiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

ESPANHA. (IOSCO). **About IOSCO**. Madri, 2013. Disponível em: <http://www.iosco.org/about/?section=obj_prin> Acesso em: 21 jan. 2018.

ESTELITA, Heloisa. **Tipicidade no direito penal Econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 725, 1996.

_____. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na Legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 237, ago. 2012.

EUA. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Regalado Cuellar v. United States**: nº 06-1456. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **United States v. Santos**: nº 06-1005. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf> Acesso em: 21 jan. 2018.

FARIA COSTA, José de. O fenômeno da Globalização e o direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 34, p. 9-25, abr./jun. 2001.

_____.**Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. **Direito Penal Econômico e Empresarial**: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3 ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. In: D''AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Org). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais – a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Financial Action Task Force. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pldft/publicacoes/as_recomendacoes_metodologia.pdf> Acesso em: 20 jan. 2018.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Teoria da Imputação Objetiva:** aplicação aos delitos omissivos no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Pilares, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982.

_____. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982.

_____. **Lições de direito penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La Causalidade en la Omisión Impropia y la Llamada "Omisión por Comisión".** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal *Compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *Nemo tenetur se detegere:* cultura do controle e política criminal atuarial. **Revista de Direito da Universidade de Brasília.** Brasília, v.1, n.1, p.147 -171, 2014.

GOENA, Beatriz; NAVARRO, Jorge. Blanqueo de capitales y responsabilidade penal de las personas jurídicas. Perspectivas brasileña y espanola. In: PEDROSO, Fernando; Hernandes, Luiz (Org). **Direito Penal Econômico: Temas essenciais para a compreensão da macrociminalidade atual**. Salvador: Ed. Juspodivim, 2017.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de Gatante del ***Compliance Officer*** por infracción del "deber de Control": uma apraximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo. MATIN,Adán Nieto. **El derecho penal econômico en la era *Compliance***. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica).** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução de Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. *In:* GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HAWKING, Stephen William. **O universo numa casca de noz**. Tradução Mônica Gagliotti Furtado Friança. São Paulo, Saraiva, 2012.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 1997.

INIESTA. Diego J. Gomes. **El delito de blanqueo de capitales em derecho españhol.** Barcelona: Cedecs, 1996.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción por Joa quín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **Ação e Omissão no Direito Penal.** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

KAUFMANN, Amin. **Dogmática de los Delitos de Omisión.** Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006.

LAMAS LEITE, André. **As Posições de Garantia na Omissão Impura:** em especial a questão da determinabilidade. Coimbra: Coimbra, 2007.

LISZT, Franz Von. ***Tratado de direito penal alemão***. Traduzido por **José Hygina Duarte**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 11, set./dez. 2012.

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de capitales: prevención e represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria.** Barcelona: Bosch, 2009.

LOPES, Fernando dos Santos. A diferença entre o dever intraproporcional e o dever interproporsional como fundamento lógico da diferença entre erro de tipo e erro de proibição no direito penal econômico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 243, out. 2013.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MARTÍNEZ, César Julio. **El delito de blanqueo de capitales**. 2017. 686 f. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidade Complutense de Madrid, 2017.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Direito Penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Limites del normativismo em derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 64, p. 197-221, jan./fev. 2007.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Fundamentos de los Delitos de Omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribuición de responsabilidade penal**: a propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica Do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista da AJURIS,** Porto Alegre, a. X, n. 29, 1993.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** 1. ed. brasileira. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais.** São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PASCHOAL, Janaina. **Ingerência Indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata.** São Paulo, Saraiva, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIRES, Cecilia Maria Pinto Pires. **Reflexões sobre Filosofia Política.** Santa Maria: Pallotti, 1986.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 24, p. 209-222, out./dez. 1998.

PORTUGAL. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **DIRECTIVA 91/308/CEE** de 10 de julho de 1991. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Luxemburgo, jun. 1991. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/-Directiva%2091-08%20branqueamento%capitais.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

PRICE, Zachary. **The rule of lenity as a rule of structure**. Fordham L. Rev, 2004. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3945&context=flr. Acesso em 21 jan: 2018.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de lós ***Compliance Officer*.** IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Complance y teoria del derecho penal**. Madrid:Marcial Pons, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes** y **Cómplices.** Barcelona: Atelier, 2007.

_____. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Coleção ciência criminal

contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal:** tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 3. ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

_____. **Derecho Penal.** Tradução de Diego Manuel Lujón *et al.* Parte general. Madri: Civitas, 2001.

_____. **Derecho Penal. Parte general. Tomo II.** Tradução de Diego Manuel Lujón *et al*. Madri: Civitas, 2001.

_____. **Política Criminal** y **Sistema Jurídico-Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 922/2012. p. 291-322, ago. 2012.

_____. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 112, 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 75, p. 22-30, ago./set. 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; LOBO DA COSTA, Helena Regina; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 250, set. 2013.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de 'garantia', 'eficiência' e 'funcionalidade'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005.

_____. Justiça Restaurativa: **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena:** modelos opostos de fundamentação do direito penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal . São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 53/2005. p. 9-37, mar./abr. 2005.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**.** Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **El Delito de Omisión: concepto y sistema. 2 ed. Buenos Aires: IB de F, 2010.**

_____. Teoria del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 2012.

_____. **Deberes de vigilância y *Compliance* empresarial.** IN: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. Complance y teoria del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013

SILVA, Cesar Antonio da. ***Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Criminal Compliance:* os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro.**

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, a. 15, v. 16, p. 293-336, abr./jun. 2012.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

_____; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: Revista do Tribunais, jan./jun. 2005.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. **Boletim da Faculdade de Direito,** Stvdia Ivridica 98, Vol. II, 2009/2010.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H., **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **As Controvérsias em Torno dos Crimes Omissivos.** Rio de Janeiro: Instituto Latinoamericano de Cooperação Penal, 1996.

_____. **Teoria dos Crimes Omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, André Rapozo, Impactos da conformidade penal na atividade econômica. In: CONPEDI (Org). **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 221-237. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/9t8274u3/h92ptMr39YGBeVbz.pdf> Acesso em 21 jan. 2018.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder econômico y delito**: introducción AL derecho penal econômico y de la empresa. Barcelona: Ariel. 1985.

TIGRE MAIA, Rodolfo. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIANA, Eduardo. Atualidade de EDWIN H. SUTHERLAND, In: **Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.), p. 45-64, Brasília, 2011.

_____. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VILLAREJO, Julio Nieves Díaz Maroto Y. **El blanqueo de capitales em El derecho espanõl.** Dykinson, 1999.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; **PIERANGELI, José Henrique**. ***Manual de direito penal brasileiro***. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.