

# COMPLIANCE CRIMINAL: REVISÃO TEÓRICA E ESBOÇO DE UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

CRIMINAL COMPLIANCE: THEORETICAL REVIEW AND  
SKETCH OF A CONCEPTUAL DELIMITATION

Giovani Agostini Saavedra<sup>1</sup>  
PUC/RS

## Resumo

É de fundamental importância a delimitação do conceito de compliance. O presente artigo pretende realizar esse desiderato em três passos: primeiramente procurar-se-á delinear os contornos do conceito mais abrangente de Compliance; num segundo momento, identificar-se-á os principais problemas de delimitação conceitual do Compliance Criminal para, finalmente, apresentar-se as primeiras linhas de sua delimitação conceitual.

## Palavras-chave

Compliance. Direito Penal. Definição

## Abstract

*There is a great importance on the delimitation of the concept of compliance. This article aims to do this in three steps: first, we intend to outline the contours of the broader concept of Compliance; second, will identify the main problems of conceptual definition of the Criminal Compliance to finally be presented the first lines of its conceptual delimitation.*

---

<sup>1</sup> Giovani Agostini Saavedra é Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha), mestre em direito e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. É professor de Direito Penal, Compliance e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito PUCRS, professor e coordenador da Especialização em Compliance da PUCRS, professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Direito da PUCRS (Mestrado e Doutorado), no âmbito dos quais ministra disciplina de *Compliance* para os alunos dos dois programas em nível de mestrado e doutorado. Além disso, é professor convidado em diversos cursos de pós-graduação lato sensu, pesquisador do Institut für Sozialforschung (Alemanha, Frankfurt am Main) no período de 2005 a 2008, Secretário-Geral do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Compliance, Governança Corporativa & Inovação e Coordenador da Comissão Científica da Faculdade de Direito da PUCRS.

**Keywords**

*Compliance. Criminal Law. Definition.*

## 1. Considerações Iniciais

Não é exagero afirmar, que, em que pese Compliance exista no Brasil desde a década de noventa, somente nos últimos dois anos ele passou a chamar a atenção da vida acadêmica e do mundo empresarial de forma mais consistente. As razões desse interesse são conhecidas: de um lado, a Lei 12.683 de 09 de Julho de 2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613 de 03 de Março de 1998), ampliou consideravelmente os setores obrigados a ter programas de Compliance, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro<sup>2</sup>; além disso, a APn 470 (o caso do Mensalão) acabou também chamando a atenção de todos para a debate sobre a responsabilidade penal dos Compliance Officers<sup>3</sup>, bem como para o debate sobre a teoria do domínio do fato<sup>4</sup>. A Lei 12.846 de 01 de Agosto de 2013 (também chamada de “Lei Anticorrupção”, “Lei da Empresa Limpa”, “Lei da Proibidade Administrativa” ou “Lei da Proibidade Empresarial”) completou esse ciclo. Ela veio, em grande medida, implantar no Brasil medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados

---

<sup>2</sup> Sobre as mudanças da nova lei, ver: Saavedra, Giovani Agostini. *Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. In: *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. Ano XIII. No. 75. Ago-Set. 2012. Pp. 22-30 e Saavedra, Giovani Agostini. *Compliance e Prevenção à Lavagem de Dinheiro: sobre os reflexos da Lei no. 12.683/2012 no Mercado de Seguros*. In: *Revista de Estudos Criminais*. No. 54. Jul./Set. 2014. Pp. 165-180.

<sup>3</sup> Ver, a esse respeito: Costa, Helena Regina Loba da; Araújo, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 215-230.

<sup>4</sup> Leite, Alaor. *Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 47-90.

Unidos da América. Inovação maior na área de Compliance foi a possibilidade de a existência de programas de Compliance terem um impacto positivo na aplicação das penalidades da lei e a responsabilidade objetiva da empresa no caso de atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício. Também essa lei acabou tendo sua importância ressaltada por um caso prático: a chamada “Operação Lava-Jato”. Essa operação acabou por desencadear uma onda de investigações nacionais e internacionais correlatas, fundamentadas em leis anticorrupção, o que contribuiu sobremaneira para o início de criação de uma consciência acerca da importância e do papel da nova lei.

Nós poderíamos ampliar a lista de exemplos, especialmente, no que diz respeito ao Compliance Antitruste, Compliance Tributário e outras áreas de Compliance, cuja importância tem crescido nos últimos anos, mas, esse breve esboço do cenário atual é suficiente para exemplificar o quanto o fenômeno do Compliance tem adquirido em importância e complexidade. Ainda que, do ponto de vista prático, Compliance tenha sido muito debatido e, aos poucos, tenha encontrado espaço de concretização em empresas de todos os ramos no Brasil, ou seja, ainda que seja inegável o avanço da implementação do Compliance no Brasil, o mesmo ainda não pode ser dito do debate acadêmico acerca do tema. Em especial, a debate em torno do Compliance Criminal ainda ressona de uma melhor delimitação.

Em grande medida, não seria errado afirmar que o surgimento do Compliance Criminal no Brasil é fruto de um processo complexo de mudança estrutural na forma de efetivação institucional do controle penal. No Brasil, à primeira vista, parece não haver a menor dúvida dessa relação: o termo surgiu na década de noventa, década que, segundo parte considerável da doutrina (e que parece ser confirmada pela intensa produção legislativa nessa seara, que cresceu muito a partir de então), marcou o início do processo de “expansão” do direito penal brasileiro<sup>5</sup>. Na verdade, o

---

<sup>5</sup> Ver, a esse respeito: Campos, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Pp.

conceito de Compliance Criminal surgiu, no Brasil, na década de 90, mas apenas nos últimos anos ele também passou a ser objeto de estudos jurídicos. Formalmente, o conceito passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613 de 03.03.1998 e da Resolução n. 2.554 de 24.09.1998 do Conselho Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e, logo após, também as empresas do mercado de seguros em geral, passaram a ter o dever de, respectivamente, comunicar operações suspeitas, que pudessem implicar na prática do delito de lavagem de dinheiro (os chamados Deveres de Compliance) e de criar sistemas de controles internos, que previnam a prática de lavagem de dinheiro, que promovam o combate ao terrorismo, dentre outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Porém, esse que pese esse breve excursus sobre a origem do Compliance Criminal no Brasil pudesse sugerir que o debate nacional sobre Compliance, especialmente aquele travado no âmbito das Ciências Jurídico-Penais, acompanhou essa evolução do Compliance no Brasil, isso não corresponde à realidade. Isso acontece por várias razões: por um lado, o desenvolvimento do Compliance no Brasil não está apenas vinculado ao desenvolvimento de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo, típicas do mercado financeiro, mas também ao surgimento da Governança Corporativa. Aliado a isso, em que pese o conceito tenha surgido na década de noventa, não surgiu ainda, no Brasil, tanto na academia, quanto na doutrina jurídico-

---

188 e ss. A expressão “expansão” foi, cuidadosamente, colocada entre aspas, porque as pesquisas do autor sugerem, ainda que em caráter preliminar, que esse fenômeno é cíclico e não parece ser apenas característico desse período. O maior ou menor interesse do estado pelo controle penal depende de muitos fatores e não pode ser facilmente descrito neste breve artigo. Isso não invalida o fato de que, de fato, desde a década de noventa, pode-se identificar um maior interesse do Estado pelo Direito Penal em vários países do mundo, inclusive no Brasil. Não deixa de ser interessante também que, nesse processo, destaca-se, cada vez mais, o interesse pela criminalização da atividade empresarial e da atividade política.

penal e, muito menos, no âmbito da Criminologia, nenhum debate acadêmico relevante acerca do tema. A relevância e o potencial jurídico e, mais especificamente, jurídico-penal deste novo conceito ainda não foram explorados adequadamente, na profundidade que o tema merece e, principalmente, quase não têm sido levados em consideração na academia.

De fato, no Brasil, Compliance por muito tempo foi tema relegado, quase que exclusivamente, aos debates realizados no meio empresarial, de um lado, como parte da implementação das “boas práticas” da “Corporate Governance”. Neste caso, Compliance era entendido como um “mandamento ético” que deveria melhorar o relacionamento da empresa com os stakeholders e com o mercado<sup>6</sup>. Por outro lado, no âmbito das Ciências Criminais, o significado deste conceito para o Direito Penal e para Criminologia, bem como, os reflexos do seu desenvolvimento para a política criminal, quase não foram explorados. As únicas exceções dignas de nota são os debates acerca dos chamados “deveres de Compliance” que são discutidos como um aspecto dos crimes de Lavagem de Dinheiro<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Ver, a esse respeito: ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, Cartilha *Função de Compliance*, Agosto 2003 com atualização em Julho de 2009 (Verfügbar in: [www.febraban.com.br](http://www.febraban.com.br)); Coimbra, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa Alessi, *Manual de Compliance, Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 12 e ss.; Manzi, Vanessa Alessi, *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*, São Paulo: Saint Paul, 2008, pp. 64 e ss.; Andrade, Adriana; Rossetti, José Paschoal, *Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências*. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 183 e ss.

<sup>7</sup> Ver, a esse respeito: Barros, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pp. 305 e ss.; Lima, Carlos Fernando dos Santos. *O Sistema Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: De Carli, Carla Veríssimo. *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. Pp. 47-88; Barbosa, Daniel Marchionatti. *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: Hirose, Tadaaqui; Baltazar Júnior, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010. Vol. 02. Pp. 489-510.

e, recentemente, em função da Ação Penal 470 (Mensalão)<sup>8</sup>, o debate sobre a responsabilização criminal dos Compliance Officers e algumas teses de doutorado, recentemente defendidas sobre Compliance Criminal<sup>9</sup>. Além disso, em especial o debate internacional sobre Compliance Criminal é totalmente desconhecido no Brasil<sup>10</sup>.

## 2. Compliance

Quem pretende definir o conceito de Compliance Criminal, precisa, em primeiro lugar, ser capaz de esclarecer o significado do conceito de base: o Compliance, dado que com Compliance Criminal pretende-se descrever um fenômeno jurídico que tem a sua origem em um fenômeno não penal, como de resto acontece com frequência na história do pensamento jurídico-penal. Definir Compliance não é, porém, tarefa fácil, especialmente, porque, na prática, não se utiliza um conceito único de Compliance. A literatura internacional tem identificado, pelo menos, três formas

---

<sup>8</sup> SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011; Silveira, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Vol. 56. Abril. São Paulo: RT, 2012. Costa, Helena Regina Loba da; Araújo, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 215-230.

<sup>9</sup> Cardoso, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Universidade de São Paulo (USP) e Benedetti, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

<sup>10</sup> Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: Rotsch, Thomas, *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; Hauschka, Christoph E., *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, München: C.H. Beck, 2010; Görling, Herlmut; Inderst, Cornelia e Bannenberg, Britta, *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010 e Rotsch, Thomas, *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2010.

principais de utilização do conceito: em primeiro lugar, há aquela, que procura identificar um conceito universalmente válido; há também tentativas de definir o conceito do ponto de vista organizacional, de gestão da empresa e, por fim, Compliance também costuma ser definido pelas medidas concretas de sua implementação. Os três casos têm consequências diferentes para a conceituação de Compliance Criminal<sup>11</sup>. Os problemas, portanto, da delimitação conceitual de Compliance Criminal, em grande medida, decorrem das dificuldades de definição do seu conceito raiz: o Compliance.

### **3. Problemas de delimitação conceitual do Compliance Criminal**

A palavra Compliance significa em tradução literal estar em conformidade. Esta simples tradução, porém, esconde uma das maiores dificuldades da conceituação do termo: trata-se de um conceito relacional<sup>12</sup>, cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, através de uma análise do objeto com o qual se relaciona, dado que, por óbvio, quem está “em conformidade”, está “em conformidade” com “algo”. Compliance estabelece uma relação, portanto, entre um “estado de conformidade” e uma determinada “orientação de comportamento”. Se esta “orientação de comportamento” é uma norma jurídica, está-se diante de Compliance jurídico, cuja designação varia conforme a área do direito, na qual a norma a ser seguida se insere. Essa reflexão à primeira vista simples procura explicitar alguns dos problemas de sua delimitação conceitual: é necessário definir o significado de (1) “estado de conformidade” e qual é a natureza normativa da (2) “orientação de comportamento”, para que se possa, de forma

---

<sup>11</sup> Rotsch, Thomas. *Grundlagen*. In: Rotsch, Thomas (Org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015. P. 35-36.

<sup>12</sup> Rotsch, Thomas. *Grundlagen*. In: Rotsch, Thomas (Org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015. P. 37.

minimamente plausível, iniciar uma reflexão sobre Compliance Criminal.

(ad 1) Já há algum tempo pode-se encontrar na literatura internacional diversas e difundidas críticas à pura e simples definição de Compliance como estado de conformidade com as leis. Ora, a crítica é relativamente simples: se Compliance significa apenas estar em conformidade com as leis, o que há de novo? Não temos todos que estar em conformidade com as leis? Por que é necessária toda uma nova área do direito, toda uma nova teoria para tratar do óbvio: que temos de seguir leis? De fato, se Compliance fosse apenas isso, esta seria uma área do conhecimento fadada ao fracasso.

No nosso entendimento, “estado de conformidade” adquire, na área de Compliance, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade, ou seja, o “estado de conformidade” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de Compliance. Portanto, Compliance é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de comportamento”.

(ad 2) Delimitar a “orientação de comportamento” é a segunda das dificuldades típicas do Compliance. Essa dificuldade está diretamente ligada àquela de definição da natureza jurídicas das normas a serem seguidas, afinal, o Compliance refere-se somente a “normas jurídicas”? Se se responde afirmativamente a essa pergunta, a primeira objeção que se poderia apresentar seria: “qual é, então, a natureza jurídica de um Código de Ética ou de um Código de Conduta?” Tratam-se aqui de normas jurídicas?” A princípio não e, mesmo assim, nenhum estudioso ou especialista da área diria que Compliance não implica seguir essas normas de



comportamento. Nesse sentido, um dos problemas do Compliance é que ele lida com fenômenos diversos de autorregulação, desde a autorregulação tradicional à chamada “autorregulação regulada”. Tratam-se de normas de orientação de comportamento, que não tem natureza jurídica, mas que passam a ter “relevância jurídica” ou por força de contrato (através das conhecidas “cláusulas contratuais de Compliance”) ou por força de lei (como, por exemplo, a Lei Anticorrupção que atribui explicitamente consequências jurídicas para aquelas empresas que tiverem Códigos de Ética e Códigos de Conduta, ou seja, deixa claro que a existência dessas normas internas passa a ter impacto na forma como será aplicada a pena no caso concreto).

Portanto, Compliance consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de Compliance. Delimitado o conceito base, passa-se agora a definição do conceito de Compliance Criminal.

#### **4. Esboço de uma delimitação conceitual**

O objeto de estudo do Compliance Criminal se confunde, em grande medida, com aquele do Direito Penal Econômico e, portanto, vários autores procuram diferenciar o espectro de problemas de cada um destes ramos de pesquisa<sup>13</sup>. De fato, Compliance Criminal não significaria nada de novo se em seu conceito fossem subsumidos apenas os elementos que já são encontrados no debate nacional e internacional sobre Direito Penal Econômico. Por outro lado, o surgimento deste novo fenômeno

---

<sup>13</sup> Rotsch, Thomas, *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, pp. 614 ss..

parece diretamente vinculado com o surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras, pois apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades<sup>14</sup>.

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo Compliance Criminal é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise *ex post* de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram de forma direta ou indireta algum bem jurídico digno de tutela penal, o Compliance Criminal trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso, o objetivo do Compliance Criminal tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”<sup>15</sup>. Segundo posição dominante, portanto, as empresas do mercado de seguros e as instituições financeiras deveriam criar os chamados Compliance Officers que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos compliance e criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os Compliance Officers têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos Compliance Officers e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (Bundesgerichtshof) condenou um Compliance Officer por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 616.

<sup>15</sup> Ver, a esse respeito: Coimbra, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa Alessi, *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 35 e ss..

crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância<sup>16</sup>.

Como se pode ver, o desenvolvimento do Compliance parece implicar em um paradoxo<sup>17</sup>. O objetivo de Compliance é claro: a partir de uma série de controles internos se pretende prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os Compliance Officers têm sido constituídos acabam por coloca-los na posição de garante. Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ou invés de diminuir, ou seja, a criação de Compliance Officers, que deveria zelar pela diminuição de riscos compliance acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os Compliance Officers, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa) fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

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

---

<sup>16</sup> A decisão referida é a BGH *Entscheidung von 17.07.2009-5 StR 394/08*. Para um panorama sobre a discussão sobre esta decisão na Alemanha, ver a bibliografia citada na nota 3 do presente artigo.

<sup>17</sup> O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: Hartmann, Martin; Honneth, Axel. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogramm*, in: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

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

O termo Compliance tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. No âmbito empresarial e, principalmente, das instituições financeiras o termo tem sido conceituado da seguinte forma: “Compliance é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”<sup>18</sup>.

A partir desse conceito, pode-se apreender um primeiro problema que precisa ser enfrentado por todo aquele que quiser tratar seriamente do tema: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo Compliance abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os Compliance Officers teriam como obrigação avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os Compliance Officers têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados “deveres de Compliance”,<sup>19</sup> mas todas as empresas,

---

<sup>18</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

<sup>19</sup> Ver, a esse respeito: BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.

sejam elas sociedades anônimas, empresas de grande porte ou microempresas<sup>20</sup>.

Nesse sentido, os Compliance Officers funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo Compliance, surge um segundo problema: o caráter “quase-tautológico” do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa tem de se adequar às leis é uma trivialidade. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do Compliance, ela não pode ser buscada nesse seu aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia.

A primeira pergunta relevante para o criminalista que analisa os deveres de Compliance é: qual seria a consequência do descumprimento dos deveres de Compliance? Na prática das varas federais e na doutrina encontram-se três correntes. A primeira entende que se deve recorrer aos artigos da Lei 7.492/86 para coibir o descumprimento dos deveres de colaboração, especialmente, aos arts. 16 e 22 e, eventualmente, ao art. 4º. Contra essa posição, argumenta-se que as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulam fenômenos diferentes, sendo que só a segunda trata dos deveres de Compliance. Portanto, os deveres de Compliance não se destinariam à tutela do sistema financeiro, mas, somente, à identificação de movimentações financeiras que indicariam a possibilidade de se estar diante do crime de lavagem de capitais.

---

<sup>20</sup> Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010; ROTSCH, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.

Nesse caso, portanto, seria necessária a criação de um tipo específico, que ainda não foi criado, nem mesmo pela nova lei de lavagem<sup>21</sup>.

Uma segunda corrente defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de Compliance seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF.<sup>22</sup> A nova lei de lavagem reforçou esse entendimento, pois deixou claro que se aplica multa às pessoas referidas no art. 9º.

Por fim, em outro artigo, também publicado no Boletim do IBCCRIM,<sup>23</sup> já se havia sinalizado para o risco de, em breve, o descumprimento dos deveres de Compliance serem associados à posição de garante. Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em novembro de 2010: “(...) Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance,

---

<sup>21</sup> Essa é a crítica e a sugestão de Daniel Marchionatti Barbosa em: *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.

<sup>22</sup> Essa é a posição, por exemplo, de Carlos Fernando Lima em: *O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 84.

<sup>23</sup> SAAVEDRA, Giovani A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.

quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Apelação Criminal n. 5008326-03.2010.404.7100/RS, relator Paulo Afonso Brum Vaz, data de publicação: 19.11.2010 (grifo nosso). Há também julgados que já começam a discutir a possibilidade de se exigir deveres de *Compliance* de contadores e advogados. Ver, por exemplo: “EMENTA: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LAVAGEM DE DINHEIRO. RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO E DO CONTADOR. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE COLABORAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FACTUAIS OBJETIVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Os artigos 9º e 10 da Lei 9.613/98 não incluem o contador e o advogado entre os profissionais que possuem dever de colaboração (compliance) com a repressão à lavagem de dinheiro (identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras com sérios indícios de lavagem de dinheiro). 2. O próprio Conselho Federal de Contabilidade não exige do contador a obrigação de fiscalizar a veracidade das informações que lhe são repassadas pelos seus clientes, conforme muito bem observou o ilustre Juiz Federal Eduardo Gomes Philippsen na sentença proferida na AP nº 2007.71.04.004606-0/RS. Evidentemente, isso não significa que um profissional da contabilidade jamais poderá ser responsabilizado criminalmente. Por ocasião do julgamento da ACR nº 2004.04.01.025529-6, Rel. Juíza Federal ELOY BERNST JUSTO, D.E. 28-06-2007, a Oitava Turma da Corte teve a oportunidade de manter a condenação por sonegação fiscal de um contador que trabalhava em um departamento de contabilidade exclusivo da aludida escola de informática, o qual controlava diretamente todas as falsidades fiscais que propiciaram vultoso crime contra a ordem tributária. 3. Ademais, a simples prestação de serviços advocatícios pelo acusado (contador e advogado) por ocasião da constituição da empresa utilizada para a ocultação de capital proveniente de tráfico internacional de drogas não é, por si só, suficiente para justificar a sua condenação, porque a acusação não logrou êxito em indicar na denúncia e comprovar ao longo da instrução que o réu teria incorrido no tipo penal do artigo 1º, inciso I, § 2º, I e II da Lei 9.613/98, isto é, que sabia dos propósitos obscuros da aludida pessoa jurídica. 4. Portanto, se é verdade que advogados e contadores também podem praticar o branqueamento de capitais quando as circunstâncias factuais objetivas preconizadas pelo artigo 6º, item 2, "f", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (v.g. pagamento de honorários em espécie, valores fracionados, em joias) demonstrarem que houve subversão da sua atuação profissional, orientando e auxiliando, direta ou indiretamente, seus clientes no desiderato de ocultar ou dissimular valores provenientes dos delitos precedentes, também é certo que esses profissionais liberais não podem ser incriminados pelo simples contato que

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

Apesar desses problemas, recentemente, em função da Ação Penal 470 (Mensalão), a utilização da forma omissiva imprópria para responsabilização dos Compliance Officers parece estar se consolidando na jurisprudência. Porém, ao contrário do

---

tiverem com os autores dos crimes antecedentes quando o órgão acusatório deixar de demonstrar, com segurança, como no caso em tela, os aspectos que denotam a ciência dos fins ilícitos da assessoria prestada. 5. Embargos infringentes providos. (TRF4, ENUL 2007.70.00.026565-0, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 24/06/2011)”. Porém, os julgados que existem acerca do tema são todos anteriores à nova resolução do Conselho Federal de Contabilidade, que regula os deveres de *Compliance* da classe. Portanto, fica a dúvida se as decisões teriam sido diferentes, se os julgadores tivessem à sua disposição essa resolução.



que se seria esperado, ainda não se logrou êxito em definir adequadamente os critérios materiais dessa forma de responsabilização criminal<sup>25</sup>.

Como se pode ver, o debate está ainda no início e ainda há muito para ser compreendido. Nesse sentido, pretendeu-se, nos limites do presente artigo, apresentar alguns aspectos da problemática para contribuir para o avanço da pesquisa dos aspectos criminais do Compliance. O que, porém, deveria ter restado claro é que a novidade do Compliance somente pode ser compreendida a partir do diálogo com o Direito Penal. Sem esse diálogo, corre-se o risco de se cair em paradoxo exposto alhures<sup>26</sup>: procurando-se proteger a empresa através da criação de Compliance Officers, acaba-se por aumentar o risco de sua responsabilização penal, dado que se eles não forem bem sucedidos nessa tarefa poderão responder como se tivessem praticado o crime.

## Referências

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal, *Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

---

<sup>25</sup> SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011; Silveira, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Vol. 56. Abril. São Paulo: RT, 2012. Costa, Helena Regina Loba da; Araújo, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 215-230.

<sup>26</sup> SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./ 2011.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Managment – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010.

HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogram*, in: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004)

HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010

HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010

MANZI, Vanessa Alessi, *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*, São Paulo: Saint Paul, 2008

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010.

ROTSCH, Thomas. *Grundlagen*. In: Rotsch, Thomas (Org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015

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

SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.