



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Tiago Lezan Sant'Anna

**Cooperação privada na investigação dos crimes empresariais**

Rio de Janeiro

2022

Tiago Lezan Sant'Anna

**Cooperação privada na investigação dos crimes empresariais**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização / linha de pesquisa: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237 Sant' Anna, Tiago Lezan.

Cooperação privada na investigação dos crimes empresariais / Tiago Lezan Sant' Anna. - 2022.

111 f.

Orientadora: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Acordo de leniência- Teses. 2. Programas de compliance –Teses. 3.Direito penal econômico – Teses. I. Maduro, Flávio Mirza. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 33:34

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Tiago Lezan Sant'Anna

## **Cooperação privada na investigação dos crimes empresariais**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização / linha de pesquisa: Direito Processual

Aprovada em 22 de junho de 2022.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral

Fundação Getúlio Vargas

---

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramirez Santoro

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2022

## RESUMO

Sant'Anna, Tiago Lezan. *Cooperação privada na investigação dos crimes empresariais*. 2022. 111f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Os crimes empresariais se caracterizam pela elevada complexidade probatória. Este trabalho estuda os acordos de leniência como mecanismo apto a auxiliar na instrução probatória, aproveitando o desejo das empresas de cooperarem com as investigações criminais que surge a partir de determinados estímulos. Importante resultado do trabalho é demonstrar a necessidade de regulamentação da prática de aceitar a adesão das pessoas físicas envolvidas nos acordos de leniência, prática que já vem sendo adotada pelo Ministério Público Federal. A legislação atual deixa brechas que contribuem para insegurança jurídica e acabam por desincentivar a plena cooperação das empresas com as investigações. Discutem-se diversos aspectos das investigações internas e dos requisitos para que estas possam prover elementos probatórios que possam ser aproveitados no processo penal. Através da análise dos acordos de leniência avaliam-se meios de aprofundar a interação dos sistemas de *compliance* das empresas com o processo penal e contribuir para a formulação de um regime jurídico da investigação no interior das empresas que, garantindo direitos de denunciante, colaboradores e demais envolvidos, facilite o aproveitamento dessa investigação no processo penal.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Compliance. Direito Penal Econômico. Investigação interna.

## ABSTRACT

Sant'Anna, Tiago Lezan. *Private cooperation in the investigation of corporate crimes*. 2022. 111f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Economic crimes are distinguished by the high degree of evidentiary intricacy that they entail. It is the purpose of this work to investigate the use of leniency agreements as a device capable of assisting in evidentiary instruction by taking advantage of the willingness of the firms to cooperate with criminal investigations arising from certain incentives. As a result of the work, it was demonstrated that it is necessary to regulate the practice of accepting the adhesion of the individuals involved to leniency agreements, which is a practice that has already been established by the Federal Prosecutor's Office. Current legislation presents shortcomings that contribute to legal uncertainty and, as a result, discourage businesses from cooperating fully with investigators. This work discusses numerous facets of internal investigations, as well as the requirements for them to provide evidence that can be utilized in criminal proceedings. Through the analysis of the leniency agreements, means of deepening the integration of enterprise compliance systems with criminal proceedings are evaluated, seeking to contribute to the development of a legal framework for corporate investigation that protects the rights of whistleblowers, employees, and other stakeholders, while facilitating the use of corporate investigation in criminal proceedings.

Keywords: Leniency agreements. Compliance. Economic Criminal Law. Internal investigation.

## RESUMEN

Sant'Anna, Tiago Lezan. *Cooperación privada en la investigación de delitos empresariales*. 2022. 111f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Los delitos económicos se distinguen por el alto grado de complejidad probatoria que conllevan. Es propósito de este trabajo investigar el uso de los convenios de clemencia como un dispositivo capaz de auxiliar en la instrucción probatoria aprovechando la voluntad de las firmas de cooperar con las investigaciones criminales que surge de ciertos incentivos. Como resultado del trabajo se demostró que es necesario regular la práctica de aceptar la adhesión de los comprometidos a los convenios de clemencia, práctica que ya ha sido establecida por el Ministerio Público Federal. La legislación actual presenta deficiencias que contribuyen a la inseguridad jurídica y, en consecuencia, desalientan a las empresas a cooperar plenamente con los investigadores. Este trabajo analiza numerosas facetas de las investigaciones internas, así como los requisitos para que proporcionen pruebas que puedan utilizarse en los procesos penales. A través del análisis de los convenios de clemencia, se evalúan vías de profundizar la integración de los sistemas de cumplimiento empresarial con los procesos penales y para contribuir al desarrollo de un marco legal para la investigación corporativa que proteja los derechos de los denunciantes, empleados y otras partes interesadas, al tiempo que facilita el uso de la investigación corporativa en los procesos penales.

Palabras clave: Convenio de clemencia. Conformidad. Derecho penal económico.  
Investigación corporativa.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
1	<b>O DIREITO PENAL ECONÔMICO</b> .....	19
1.1	<b>Características do Direito Penal Econômico</b> .....	20
1.2	<b>A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica</b> .....	24
1.3	<b>Direito Administrativo Sancionador</b> .....	30
1.4	<b><i>Nudges</i></b> .....	36
2	<b>COMPLIANCE E PROCESSO PENAL</b> .....	39
2.1	<b>Exemplos de Outros Países</b> .....	42
2.1.1	<u>Argentina</u> .....	43
2.1.2	<u>Espanha</u> .....	43
2.1.3	<u>França</u> .....	44
2.1.4	<u>Itália</u> .....	46
2.1.5	<u>Reino Unido</u> .....	49
2.1.6	<u>Estados Unidos</u> .....	50
2.2	<b>Investigações Internas</b> .....	52
2.2.1	<u>Características das investigações internas</u> .....	54
2.2.2	<u>O marco legal das investigações internas</u> .....	55
2.3	<b>Etapas das Investigações Internas</b> .....	59
2.3.1	<u>O canal de denúncias</u> .....	59
2.3.2	<u>A proteção dos denunciantes</u> .....	61
2.3.3	<u>A proteção dos direitos dos investigados</u> .....	63
2.4	<b>Diligências em Investigações Internas</b> .....	66
2.4.1	<u>Entrevistas</u> .....	66
2.4.2	<u>Monitoramento e devassa de comunicações e dados</u> .....	71
2.5	<b>Do Ingresso de Elementos Oriundos das Investigações Internas no Processo Penal</b> .....	76
3	<b>OS ACORDOS DE LENIÊNCIA</b> .....	79
3.1	<b>Os Acordos de Leniência Firmados pelo Ministério Público Federal</b> .....	85
3.2	<b>Da Previsão Legal dos Acordos de Leniência a Cargo do Ministério Público</b> ....	91
3.3	<b><i>Nudges</i> para Eficiência dos Acordos</b> .....	95
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	99
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	102



## INTRODUÇÃO

O Direito Penal Econômico vem assumindo um viés cada vez mais preventivo. Condutas que fogem aos modelos previstos pelo Direito Penal clássico, em especial relativas ao descumprimento de deveres de cuidado, passaram a ser criminalizadas. Nesse sentido, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para se caracterizar a ocorrência de delito<sup>1</sup>.

No Reino Unido passou a ser caracterizado como crime o fracasso das organizações comerciais na prevenção de práticas de suborno (UKBA - Section 7). Na França o artigo 434-43-1 do Code Pénal prevê o crime de omissão de implementar um programa de *compliance*.

O dever de diligência das organizações fundamenta a exigência de implantação de controles internos que dificultem a ocorrência de crimes, beneficiando tanto o Estado, ao qual proporciona uma tutela mais efetiva dos bens jurídicos, quanto as empresas, que, ao impedirem a prática de crimes, evitam a estigmatização causada pela persecução criminal.

Em especial, a proteção da imagem serve de motivação para que as empresas observem valores que transcendem ao lucro, numa guinada ética empresarial. A ética torna-se um atributo de especial valor econômico. Em outra perspectiva, a tutela da ética visa a promover a competição saudável, criando condições para que agentes econômicos possam rivalizar de forma justa.

Diplomas legais de diversos países apresentam incentivos à autorregulação das empresas, buscando estimular a cooperação de particulares (inclusive pessoas jurídicas) com a fiscalização estatal (incluindo-se aí a persecução penal). Observe-se, por exemplo, que um dos critérios levados em consideração para aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) é a “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” (artigo 7º, inciso VII).

Porém, a proposta do *compliance* criminal não é apenas reduzir a probabilidade de que venham a ocorrer crimes no âmbito da organização. Além de preveni-los, exigem-se também esforços no sentido de detectá-los e, uma vez

---

<sup>1</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8, p 41-51, out./dez., 1994, p. 46.

descobertos, deve a organização agir para que os responsáveis possam ser punidos.

No entanto, quando as informações oriundas dos programas de *compliance* são utilizadas contra a própria empresa e seus dirigentes (autoincriminação), parece haver um desincentivo à adoção de programas eficientes, pois, como nota Wellner, quanto mais eficiente o programa de *compliance* da empresa, mais provável é que suas infrações fiquem mais expostas aos agentes da lei e potenciais litigantes civis<sup>2</sup>.

É por isso que, em troca dessa colaboração, é comum que sejam oferecidos prêmios. É a lógica da colaboração premiada (*bargaining for information*). No caso das pessoas jurídicas, a nomenclatura adotada no Brasil é “acordo de leniência”.

Tanto em casos de suspeita de crimes corporativos ou empresariais (cometidos em nome ou interesse da organização) quanto de crimes cometidos em proveito de particulares contra a empresa ou contra seus funcionários, a investigação efetivada no âmbito empresarial pode colher internamente provas fora do alcance imediato da autoridade policial, mediante análise e coleta de dados pela entidade privada em fontes tais como e-mails e documentos corporativos.

Em princípio, a empresa dispõe de mais informações sobre os investigados do que a autoridade policial, tendo ainda maior facilidade para realizar entrevistas exploratórias e/ou confirmatórias com aqueles indivíduos a ela vinculados. A esse procedimento dá-se o nome de investigação ou apuração interna.

Como um instrumento que visa a garantir o equilíbrio entre a necessidade do Estado de punir comportamentos delitivos (interesse coletivo, de toda a sociedade) e as liberdades públicas (interesses pessoais), é importante que o Processo Penal se adeque a essa tendência de interação entre apurações internas e persecução criminal. Há que se preservar, porém, nessa interação as garantias fundamentais dos indivíduos.

Nas investigações internas verifica-se um marco legal mais flexível do que aquele imposto ao Estado, no que tange ao uso de inúmeras diligências probatórias. Ao requerer acesso a computadores, por exemplo, o Estado deverá obter autorização judicial. Igualmente no caso de medidas de monitoramento de correspondências eletrônicas ou interceptações.

---

<sup>2</sup> WELLNER, Philip A.. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*, v. 27, 2005, p. 511.

Para a empresa, porém, isto não se impõe. Isso porque as investigações internas têm vinculação com o Direito Trabalhista e os limites do poder controlador do empregador que conduz a afastá-las das restrições próprias do Processo Penal.

Uma das questões mais complexas acerca do tema é definir até que ponto as garantias e liberdades públicas oponíveis ao Estado, enquanto titular do poder punitivo, também devem ser transferidas às relações privadas.

Observe-se que, frequentemente, haverá, numa investigação interna, a coleta de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis. Sendo assim, há que se tutelar as garantias fundamentais dos indivíduos também em relação à proteção de tais dados. Com efeito, durante o processo de investigações internas, diversos dados pessoais podem ser acessados e analisados pela pessoa jurídica, em aparente conflito com o disposto no § 2º do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A investigação, portanto, precisa estar sujeita à tutela de autoridade pública para que haja conformidade ao texto da Lei. Neste sentido, busca-se no presente trabalho propor formas de estimular a empresa a comunicar à autoridade policial informação sobre a realização de investigações internas, quando os fatos objeto da investigação aparentarem ter repercussão na esfera penal.

Sugere-se ainda uma forma de garantir que os procedimentos de apuração das empresas observem garantias ínsitas ao processo penal, estabelecendo-se como requisito para homologação dos acordos de leniência a análise acerca da observância dos limites impostos pelos direitos fundamentais dos empregados e, conseqüentemente, da possibilidade de aproveitamento dos elementos oriundos da apuração interna para eventuais ações penais.

Aprimorando-se o atual sistema, a pessoa jurídica, além de comunicar às autoridades competentes sobre a ocorrência do ato lesivo que, em tese, configure crime, poderá cooperar efetivamente com a administração pública fornecendo informações e esclarecimentos no decorrer das apurações que venham a ser deflagradas pelas autoridades, bem como no âmbito de eventuais processos penais que decorram de tais fatos, sem que se olvidem os direitos dos investigados.

Partindo-se do artigo 7º, VIII, da Lei Anticorrupção, que incentiva a implantação de programas de *compliance* efetivos, sustenta-se aqui que, dispondo de informações e documentos essenciais para o esclarecimento de fatos que podem ensejar processos em diversas esferas, a empresa deva poder trazê-los ao

conhecimento da autoridade policial, a fim de buscar um acordo mais benéfico do que o previsto na Lei Anticorrupção. Os dados obtidos nas investigações internas podem subsidiar uma cooperação efetiva com o processo penal quando a investigação confirme a ocorrência de ato lesivo que, supostamente, configure crime.

Esta tese pretende contribuir para a ciência jurídica oferecendo a proposta de uma modalidade de acordo de leniência, que dependeria, em última análise, da possibilidade de aproveitamento dos elementos derivados de apurações internas para o ajuizamento de ações penais.

## **Justificativa**

No processo penal clássico do sistema acusatório, a acusação elabora a denúncia/queixa e, depois de citado, o acusado apresenta a defesa. Um juiz imparcial, seguindo regras pré-estabelecidas, garante o equilíbrio entre o interesse da sociedade na punição dos réus cuja culpa possa ser provada e o interesse do indivíduo de proteger sua liberdade.

Assim, garante-se ao acusado a oportunidade de se defender sob os ditames do contraditório e da ampla defesa, para que, ao final do processo, os julgadores tenham um estado de certeza com base no qual decidirão pela condenação ou pela absolvição do réu. Caso não se atinja um convencimento mínimo quanto aos fatos apontados na denúncia, impõe-se a absolvição do réu, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

Como destaca Figueiredo Dias<sup>3</sup>, o Estado de Direito tem o dever de realizar a justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas. Diante da convicção de que não se conseguia punir adequadamente pelo caminho clássico os chamados crimes do colarinho branco, desenvolveu-se, nas últimas décadas, no Brasil, proliferação de normas, agências reguladoras e possibilidades de sanção que sujeita empresas e

---

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37.

indivíduos a uma multiplicidade de instâncias punitivas. Criou-se, dessa forma, uma situação de desequilíbrio entre acusação e defesa.

Tal desequilíbrio é acentuado nos casos dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção. Nestes casos, pessoas jurídicas podem sofrer sanções que independem da condenação judicial, sem que tenha havido a descriminalização dessas condutas, e, segundo o artigo 15 da lei, “a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos”.

Para a solução do desequilíbrio entre a acusação e a defesa que se verifica nestes casos, torna-se necessária a racionalização da relação entre o direito administrativo sancionador e o processo penal.

Neste contexto, o ordenamento jurídico deve prever a possibilidade de que, dispondo de informações e documentos essenciais para o esclarecimento de fatos que possam ensejar processos em diversas esferas, a pessoa jurídica requeira a suspensão de processos de cunho cível ou administrativo relacionados aos mesmos fatos, enquanto negocia acordo de leniência com o Ministério Público.

Observa-se, no processo penal brasileiro, há certo tempo, uma tendência de ampliação das possibilidades de aplicação de soluções consensuais, tais como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099 de 1995, ou o acordo de não persecução penal do artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), introduzido pelo denominado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019). A Lei 13.964/2019 acrescentou, também, ao Código de Processo Penal o Art. 3o-B dispondo explicitamente, no inciso XVII, que a colaboração premiada depende de homologação judicial.

Pretende-se, na presente tese, analisar a regulamentação da celebração dos acordos de leniência com o Ministério Público de modo a estabelecer previsão legal da concessão de imunidade em relação às sanções da Lei Anticorrupção em favor das empresas e possibilidade de adesão de indivíduos envolvidos. Tais acordos terão de ser homologados em juízo e não afastarão a obrigatoriedade do ressarcimento do dano.

Com base no princípio da ampla defesa, que pressupõe o direito à prova, André Augusto Mendes Machado sustenta o cabimento da investigação criminal defensiva, “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”<sup>4</sup>. Neste sentido, quando responde a um Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), no âmbito da Lei Anticorrupção, poderia a empresa invocar o princípio da ampla defesa para justificar a apuração dos fatos. Assim, embora a empresa atualmente não responda no âmbito penal quanto aos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, a própria Lei Anticorrupção suscita o interesse da empresa de proceder com a investigação corporativa.

Ademais, a Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) discrimina em seus artigos 7º e 8º condições em que o julgamento na esfera penal vincula as esferas civil e administrativo-disciplinar. Tendo em vista a inquestionável prevalência da jurisdição penal, quando os fatos constituem delito, parece razoável que a defesa possa preferir negociar um acordo no âmbito do processo penal antes de se sujeitar à instância administrativa.

O artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil (“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”), confere o direito fundamental ao julgamento proferido por Magistrado imparcial, o que não ocorre no processo administrativo de responsabilização.

Esta tese pretende explorar a realidade de que aos atos das pessoas jurídicas tratados na Lei Anticorrupção correspondem ilícitos penais e, a partir dessa constatação, ampliar as possibilidades de acordos no âmbito do processo penal, visando a propiciar maior equilíbrio e eficiência ao sistema.

Na prática, o Ministério Público Federal (MPF) já vem firmando acordos de leniência com empresas sujeitas à Lei Anticorrupção e permitindo a adesão de indivíduos. Contudo, esta prática ainda carece de regulamentação legal.

Partindo-se do artigo 7º, VIII, da Lei Anticorrupção, que incentiva a implantação de programas de *compliance* efetivos, propõe-se aqui um procedimento

---

<sup>4</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: RT, 2010. p. 119.

para que informações e elementos essenciais para o esclarecimento de fatos que possam ensejar processos em diversas esferas possam ensejar acordos de leniência eficazes.

Ao passo que se busca tornar mais atraentes os acordos, há que se impor como condição para que sejam firmados a verificação de que as investigações internas tenham observado os limites impostos pelo respeito às garantias e direitos dos investigados, podendo assim ser aproveitadas para ações penais.

Observe-se que o Inquérito Policial, disciplinado pelos arts. 4º. ao 23 do CPP, não é peça indispensável à instauração da ação penal. Neste sentido, a apuração interna pode fornecer elementos informativos suficientes para que o Ministério Público ou o querelante (em caso de ação penal de iniciativa privada) deflagre a ação penal, sem que sequer seja necessária a instauração de Inquérito Policial.

Os elementos probatórios constantes, quer do Inquérito Policial, quer de procedimentos ou sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento da denúncia. Os atos praticados durante a investigação servem para sustentar o recebimento da ação penal. No entanto, são atos em que o contraditório e a ampla defesa não possuem a garantia de Jurisdição. No curso do processo, porém, cabe ao Ministério Público provar o que alega, sendo inaceitável que alguém seja condenado apenas com base nos elementos do Inquérito Policial ou de qualquer investigação preliminar, que não podem ser qualificados como atos de prova processual.

Ainda que não sejam suficientes para sustentar uma condenação penal, tais elementos são de suma importância para o processo penal, uma vez que sem a chamada justa causa sequer pode ser recebida uma ação penal.

Os dados obtidos nas investigações internas podem subsidiar uma cooperação efetiva com o processo penal quando estas se depararem com a ocorrência de atos que em tese configurem crime. No entanto, a legislação atual deixa uma série de brechas que causam insegurança jurídica e acabam por desincentivar a plena cooperação das empresas com as investigações.

É necessário respeitar um princípio de racionalidade fundamental, segundo o qual o indivíduo ou empresa colaboradora deve receber do Estado um benefício que o coloque em situação mais benéfica do que estaria se não colaborasse, tendo em

conta não apenas a situação no momento da colaboração, como também a perspectiva provável do desdobramento da investigação.

Como reconhece o Ministério Público Federal (MPF) na nota técnica nº 1/2020 - 5ª CCR, “afigura-se imprescindível à eficiência do Programa de Leniência que os colaboradores (sejam pessoas jurídicas e físicas) possuam a garantia de obter uma situação jurídica mais favorável do que aquela em que estejam colocados os agentes não colaboradores”<sup>5</sup>.

## **Hipótese**

A hipótese a ser verificada refere-se aos desafios jurídicos de ordem processual para que se eleve a eficácia na realização da justiça nos crimes do Direito Penal Econômico (que não se confunde com a mera facilitação da condenação dos envolvidos), mediante iniciativas desenvolvidas no interior das empresas. Pretende-se demonstrar a possibilidade de se incentivar a realização de processos investigativos no interior das empresas.

De plano, cumpre ressaltar que a Constituição assegura o princípio do contraditório e da ampla defesa “aos acusados” em “processos judiciais”, não incluindo o Inquérito Policial (visto que este não é processo e nele não há acusados) e muito menos de investigações internas. Da mesma forma, o inciso LVI do art. 5º se refere ao processo quando estabelece a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como direito e garantia fundamental.

Não obstante, busca-se no presente trabalho sustentar a importância de assegurar que os procedimentos de apuração interna das empresas observem as garantias ínsitas ao processo penal, em especial a ampla defesa e o contraditório.

Propõe-se a regulamentação legal de acordos de leniência a cargo do Ministério Público, a serem admitidos sempre que a pessoa jurídica identifique ilícitos penais que possam ensejar sanções em âmbito administrativo ou judicial, contra si ou contra seus empregados, e, diante disto, opte por compartilhar o

---

<sup>5</sup> Ministério Público Federal Nota Técnica nº 01/2020 – Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei nº 12.846 e da Lei nº 8.429, no domínio da improbidade administrativa. p. 47.



resultado de suas investigações internas. A concretização do acordo dependeria ainda da análise da possibilidade de aproveitamento dos elementos resultantes da apuração interna em eventuais ações penais, o que depende da observância dos limites impostos pelas garantias individuais dos empregados no curso de tais apurações.

## **Objetivos**

Os objetivos gerais são:

1. contribuir para a formulação de um regime jurídico que incentive a realização de investigações corporativas que garantam direitos de denunciante, colaboradores e demais envolvidos.
2. sugerir um regramento jurídico para acordos de leniência a serem firmados com o Ministério Público que contemplem a possibilidade de concessão de imunidade para as empresas em relação às sanções previstas na Lei Anticorrupção, bem como a adesão de pessoas físicas.

Os objetivos específicos são:

1. criar incentivo para que as empresas tomem a iniciativa de propor acordos de leniência;
2. propiciar a proteção do direito dos investigados na investigação interna;
3. diante da não previsão legal de efeitos do acordo de leniência firmado pela empresa e a Administração Pública, com base na Lei Anticorrupção, sobre as pessoas físicas envolvidas na prática do ato lesivo objeto do acordo, sugerir que inovação legislativa supra tal omissão.

## **Marco teórico**

Desde que Gary Becker publicou sua obra "*Crime and Punishment: an Economic Approach*", em 1968, tratando do fenômeno criminoso a partir da análise

econômica <sup>6</sup>, entende-se que o risco de responder a um processo penal e, ao final, cumprir uma pena estabelecida em lei é um custo a ser sopesado pelo criminoso em cotejo com as vantagens que poderá obter pela conduta criminosa.

Quanto maior for a convicção do indivíduo de que a aplicação da norma jurídica irá aumentar seus prejuízos (gasto de dinheiro, matéria-prima, tempo...), maior será o efeito da norma na escolha de suas condutas, pois, sendo ele racional, irá orientar a escolha de seu comportamento pela opção que lhe pareça mais benéfica, numa análise de custo e benefício. A probabilidade de condenação – mais que o volume da pena a ser aplicada em caso de condenação – é fator determinante para a dissuasão da prática criminosa: “a perspectiva do castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade”<sup>7</sup>.

A percepção de incapacidade do direito empresarial em responder adequadamente aos ilícitos suscita a expansão do Direito Penal, com a pretensão de utilização do Direito Penal como instrumento de intimidação, visando a estimular melhores práticas no exercício da atividade econômica.

Ocorre que a tipificação penal de condutas não é suficiente para inibir determinadas práticas se o Estado não dispõe de instrumentos para identificar e punir seus autores. O que se percebe é uma grande dificuldade na investigação dos fatos definidos nos tipos penais, por motivos tais como a falta de estrutura e capacitação dos órgãos de persecução penal; a sofisticação e o poderio de organizações criminosas; e a grande quantidade de ilícitos a serem investigados, processados e punidos.

A sociedade cobra uma resposta rápida para cada crime, sendo a grande quantidade de criminosos que escapam das sanções do sistema penal uma das principais causas de sua crise de legitimidade. Diante da dificuldade de punir adequadamente pelo caminho clássico os responsáveis pelos crimes do Direito Penal Econômico, em razão da dificuldade de comprovar as condutas e delimitar as responsabilidades de cada indivíduo, a Lei Anticorrupção, atendendo aos anseios sociais de repressão à corrupção, foi uma tentativa de tornar mais célere a reparação dos danos causados pela prática de determinados atos lesivos à

---

<sup>6</sup> BECKER, Gary Stanley; Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (Mar.-Apr., 1968), pp. 169-217.

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 64.

administração pública, com a expressa previsão de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas (art. 4º).

Isto trouxe para as pessoas jurídicas e seus gestores a necessidade de preparar-se para defender-se, já não só no Processo Penal, mas, também de sanções que por vezes o precedem. Doutrina tem-se desenvolvido abordando diferentes aspectos do problema. Considerando a legislação brasileira, Lamy<sup>8</sup> e, mais adiante, Simão e Viana<sup>9</sup> discutem as relações entre o Processo Penal e as sanções administrativas no bojo dos acordos de leniência. Uma pesquisa mais ampla é desenvolvida por Antonietto e Silva e por Silva<sup>10</sup>.

Considerando mais especificamente o desenvolvimento da investigação interna, Antunes<sup>11</sup> discute o problema da proteção dos direitos dos funcionários na investigação interna. Malan<sup>12</sup> destaca a participação do advogado externo e as possibilidades de equacionamento de problemas que se verificam na prática. Num âmbito mais amplo, tais dificuldades e o papel do advogado no seu enfrentamento são discutidos por Doss e Richmond<sup>13</sup>.

## Material e Métodos

A pesquisa desenvolve-se recorrendo ao método indutivo e à técnica da revisão bibliográfica.

---

<sup>8</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Reflexos do acordo de leniência no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>9</sup> SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: Histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

<sup>10</sup> ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro e SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de Investigações Internas como Prova no Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 27, n. 156, 2019, p. 61-90; SILVA, Douglas Rodrigues da. Investigações Corporativas e Processo Penal: uma Análise sobre os Limites da Licitude da Prova. Editora Thoth. Londrina. 2021.

<sup>11</sup> ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 28, nº 1, jan./abr. 2018, pp. 119-127.

<sup>12</sup> MALAN, Diego Rudge. Dilemas e Desafios do Advogado Criminal nas Investigações Corporativas. Consultor Jurídico. São Paulo. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/diogo-malan-advocacia-criminal-investigacoes-corporativas>. Acesso em 13/3/2022.

<sup>13</sup> DOSS, Jeffrey. Practical considerations in planning, executing, refining and concluding investigations, American Journal of Trial Advocacy, v. 39, nº 3, 2016, pp. 567-576; RICHMOND, Douglas. Navigating the lawyering minefield of internal corporate investigations, Villanova Law Review, v. 63, nº 4, 2018, pp. 617-689.

Após a definição das premissas relacionadas ao Processo Penal, são formadas as relações lógicas para obter as conclusões relacionadas ao objeto da pesquisa.

Quanto aos procedimentos instrumentais, são adotados a revisão da jurisprudência e o estudo da doutrina nacional e internacional especializada.

Para fundamentar as soluções para o problema proposto, são analisados: a produção acadêmica internacional de alguma forma relacionada à interação entre o *compliance*, o processo administrativo sancionador e o processo penal e, especialmente, os artigos científicos produzidos no Brasil sobre assuntos relacionados à deficiência da legislação vigente no relacionamento entre o *compliance*, o processo administrativo sancionador e o processo penal.

### **Estrutura da tese**

Depois desta Introdução, trata-se, no Capítulo 2, do Direito Penal Econômico, discutindo a necessidade do constante aperfeiçoamento do processo penal para encontrar o equilíbrio razoável entre os objetivos de eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. No âmbito da Lei Anticorrupção, a exigência de um sistema de *compliance* efetivo como critério para autorizar benefícios é descrita como exemplo de *nudge*.

No Capítulo 3 é abordado o conceito de *compliance* e a sua interação com o Processo Penal. Embora, em razão de sua importância, os sistemas de *compliance* já tenham sido objeto de análise sob diversos aspectos, a interação entre o *compliance* e o processo penal ainda carece de regulamentação, em especial no que toca as investigações internas.

No Capítulo 4 é estudada a situação hodierna dos acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, apontando a necessidade de definição dos seus efeitos em relação às pessoas físicas envolvidas na prática do ato lesivo objeto do acordo firmado pela empresa e a Administração Pública.

## 1 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Atento às demandas e mutações da sociedade e objetivando regulá-las, o Direito tende sempre a expandir-se, tutelando e protegendo novos bens jurídicos.

A incapacidade dos outros ramos do Direito de evitar a deslealdade fez surgir a pretensão de ampliar a utilização do Direito Penal como instrumento de intimidação, visando à promoção de melhores práticas no exercício da atividade econômica<sup>14</sup>.

Essa expansão do Direito Penal não se restringe ao Direito Penal Econômico. Parece estar diretamente relacionada com os avanços científicos e o processo de globalização observados, principalmente, a partir da segunda metade do século passado, de modo a desencadear o que Ulrich Beck definiu como “novos riscos”<sup>15</sup>. Para outros doutrinadores reflete verdadeira transição do “Direito Penal clássico”, para um “Direito Penal moderno”:

A primeira contraposição entre Direito Penal “clássico” e “moderno” é feita por Naucke, ao distinguir entre um Direito Penal clássico (*Rechtsstaatlich*) e outro voltado à prevenção, tratando-os como modelos irreconciliáveis entre si. Ainda que não tenha elaborado a distinção nos termos da oposição *clássico x moderno*, a ideia central de Naucke é a impossibilidade de harmonizar um Direito Penal voltado para a prevenção geral, com os postulados de intervenção mínima. Na interpretação do autor, a prevenção geral está diretamente ligada à promoção de fins sociais através do Direito Penal, instrumentalizando-se a pena em favor de determinados valores sociais, ou fins pedagógicos de prevenção<sup>16</sup>.

Neste capítulo analisam-se as características do Direito Penal Econômico, apresentando-se o *status* atual de evolução da doutrina e da jurisprudência. Apresenta-se a temática da necessidade do aperfeiçoamento do processo penal para que possa propiciar o necessário equilíbrio entre acusação e defesa, em especial no que toca aos atos lesivos puníveis com base na Lei Anticorrupção.

---

<sup>14</sup> FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. In: BOTTINO, Thiago, Direito Penal e Economia. Rio de Janeiro, Elsevier - FGV, 2012, 99-109.

<sup>15</sup> BECK, Ulrich. Risk Society: towards a new modernity. Translated by Mark Ritter. New York, Sage, 1992. p. 2

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro, dissertação de mestrado em Direito Penal, F. Direito – USP, 2012, p. 21.

## 1.1 Características do Direito Penal Econômico

Nas palavras de Klaus Tiedemann, o Direito Penal Econômico pode ser conceituado como o “ramo do Direito a que compete tutelar primordialmente o bem constituído pela ordem econômica estatal no seu conjunto e, em consequência, o curso normal da economia nacional”<sup>17</sup>.

Segundo Tiedemann<sup>18</sup>, as normas penais econômicas em sentido estrito tutelariam a lesão ou o perigo à ordem econômica, estabelecendo a regulamentação jurídica do intervencionismo econômico estatal. Em sentido amplo, incidiriam sobre a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Tiedemann aponta ainda que as características do Direito Penal Econômico podem ser observadas por diferentes perspectivas.

A perspectiva criminológica está ligada à expressão “crimes de colarinho branco”, que remete à abordagem de Sutherland<sup>19</sup>. Trata-se do ramo da Criminologia dedicado ao estudo, à prevenção e à sanção de crimes dotados de um *modus operandi* diferenciado, cujos agentes ativos, em geral, são cidadãos oriundos dos mais elevados estratos sociais.

Do ponto de vista dogmático, o Direito Penal Econômico trata daquelas condutas que sejam descritas e sancionadas penalmente em lei cujo fim precípua é a manutenção segura e regular da política econômica do Estado.

No mesmo sentido, com base na lição de Martos Nuñez<sup>20</sup>, também é possível definir esse ramo do Direito como o conjunto das normas voltadas a garantir, por intermédio de sanções repressivas, “(...) o livre jogo das estruturas econômicas capitalistas e a proteção dos indivíduos na conclusão e execução das relações econômicas que contraem livremente entre eles”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> TIEDEMANN, Klaus. La criminalité d'affaires dans l'economie moderne. Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique. 1975, pp. 147-158. p. 147.

<sup>18</sup> TIEDEMANN, Klaus. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985. pp. 18-19.

<sup>19</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Crime, New York: Dryden Press. 1949.

<sup>20</sup> MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Derecho Penal Economico. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987. p. 125.

<sup>21</sup> São crimes econômicos em espécie: i) crimes contra a ordem econômica (previstos na Lei 8.137/90 e Lei 1.521/51); ii) crimes contra a economia popular e as relações de consumo (previstos no Código

Os chamados “crimes de colarinho branco”, embora não violentos, são extremamente nocivos à sociedade. Esta espécie de crime está diretamente ligada a bens jurídicos supra-individuais, uma vez que toda uma coletividade é lesada com o cometimento deste tipo de ilícito. O sujeito lesado com a prática de ato corrupto cometido por determinado gestor público, por exemplo um prefeito, pode ser toda a população de um município a que é imposto o prejuízo de um serviço público ineficiente. Isto atribui a esses crimes sua especificidade entre os crimes contra o patrimônio.

Para o presente trabalho, porém, a perspectiva mais relevante é ligada ao aspecto processual e se relaciona ao fato de que os delitos econômicos são infrações que apresentam elevada complexidade probatória, tendo em vista o contexto corporativo em que costumam ser praticados, em que interagem diversos agentes, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação, sem que cada uma das ações desses indivíduos, isoladamente, possa, em determinados casos, fundamentar a responsabilidade pelo fato.

As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades entre setores ou órgãos que, por sua vez, dividem as tarefas entre seus integrantes. Assim, para os agentes externos, é muito difícil a imputação de responsabilidade penal a um determinado indivíduo.

Segundo Sousa<sup>22</sup>, a tendência de resposta à dificuldade da identificação dos culpados, no contexto europeu, tem sido a de responsabilizar os órgãos de direção da empresa.

Essa solução tem merecido críticas, entre elas a de Bernd Schünemann, que argumenta que a complexidade da estrutura empresarial, baseada no princípio da divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões e das ações,

---

Penal, Lei 1.521/51, Lei 8.137/90, Código de defesa do consumidor); iii) crimes contra a saúde pública (disciplinados pelo Código Penal e pela lei 8.137/90); iv) crimes contra os direitos trabalhistas e previdenciários (com previsão no Código Penal, na Lei 7.716/89 e na Lei 9.029/95); V) estelionato (previsto no art. 171 do Código Penal); vi) crimes ambientais (Lei 9.605/98 e Lei 6.453/77); vii) crimes fiscais; viii) fraude à previdência social; ix) crimes falimentares; x) crimes de informática; entre outros.

<sup>22</sup> SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial. In: Andrade, Manuel da Costa; Antunes, Maria João; Sousa, Susana Aires de (Orgs.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. V. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

retirando dos órgãos de direção o efetivo controle sobre o que ocorre na organização<sup>23</sup>.

A doutrina penalista questiona a aplicação de teorias relacionadas a responsabilização de superiores hierárquicos, discutidas especialmente na jurisprudência dos tribunais penais internacionais, para a responsabilização de indivíduos com poder de comando fora do ambiente militar ou de aparatos organizados de poder que se estruturam fora do escopo da licitude. Entende que a posição de garante não pode ser atribuída por lei aos dirigentes de empresas, sob o argumento da vulneração aos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal subjetiva.

Entretanto, na Lei n. 7.492/1986, por exemplo, observa-se que a responsabilização penal recai sobre as pessoas que estão no topo das instituições financeiras. O art. 25 da referida lei estabelece a responsabilização penal dos administradores e controladores das instituições financeiras, assim considerados os diretores e dirigentes. Isso não significa que todo e qualquer crime da Lei n. 7.492 só possa ser praticado pelas pessoas nominadas no seu art. 25, mas significa que em todos os casos em que se exigir um poder de comando, um poder de gestão, de um fato praticado no âmbito de uma instituição financeira (como acontece no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira ou no crime de operar instituição financeira sem autorização legal), a responsabilização penal recairá sobre os administradores e os controladores das instituições financeiras, assim considerados, como notado, os diretores e gerentes.

Argumenta-se, em sentido contrário, que ter o poder de decidir não significa necessariamente que deva ser imputada, ao agente, responsabilidade penal pelos fatos delituosos que ocorrem na empresa ou em seu interesse. Admitir isto implicaria na existência de uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional, isto é, decorrente das funções que o indivíduo exerce.

De modo a superar a dificuldade probatória cria-se a situação em que o mero exercício de determinada função passe a denotar um risco de responsabilização.

---

<sup>23</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. ADPCP, v. LX, 2002.



O presente trabalho se propõe a abordar a perspectiva das corporações e analisar os acordos de leniência, instrumento que pode propiciar soluções rápidas e mais justas.

Diante da convicção de que não se conseguia punir adequadamente pelo caminho clássico os crimes do Direito Penal Econômico, atribuindo responsabilidade a pessoas físicas determinadas mediante a comprovação empírica em Juízo de relação causal entre determinada conduta humana e dano a bem jurídico conceitualmente preciso, a solução encontrada foi evitar limitar-se aos tipos penais de natureza material (ou de resultado):

(...) a estrutura das normas penais incriminadoras na esfera econômico-financeira tem como principal *raison d'être* político-criminal a solução de problemas processuais penais, pela eliminação de circunstâncias elementares do tipo penal de difícil comprovação empírica em Juízo. De fato, já se fala de hodierna estratégia político-criminal voltada ao generalizado e maciço empobrecimento da tipicidade (*impoverimento della fattispecie*), cuja comprovação em Juízo se torna empiricamente impossível à míngua de determinação, materialidade e ofensividade da conduta incriminada – a qual é esvaziada de qualquer conteúdo essencial<sup>24</sup>.

A jurisprudência não tem questionado a legalidade e/ou constitucionalidade de tipos penais que não exigem resultado naturalístico, chegando a mitigar a exigência de que as denúncias narrem de forma minudente as condutas quando imputados delitos societários<sup>25</sup>.

Vale esclarecer que essa tendência de mitigar a exigência de que as denúncias narrem de forma minudente as condutas não se restringe aos delitos societários, sendo possível localizar precedentes diversos.

<sup>24</sup> MALAN, Diogo Rudge. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 2, 2016, p. 213-238. p. 228.

<sup>25</sup> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. Habeas corpus não conhecido.

Aplica-se este entendimento sempre que se tratar de autoria coletiva, havendo ou não uma pessoa jurídica envolvida. No caso das empresas, considera-se suficiente a identificação aproximada dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito<sup>26</sup>.

## 1.2 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

A responsabilização penal das pessoas jurídicas é tradicionalmente repelida pelo brocardo *societas delinquere non potest*. A configuração de um crime dependeria de uma ação resultante da vontade humana. Para Muñoz Conde só a pessoa humana, considerada individualmente, pode ser sujeito de uma ação penalmente relevante. Para ele, a capacidade de ação exige a presença de uma vontade, “entendida esta como faculdade psíquica da pessoa individual, que não

---

<sup>26</sup> HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME AMBIENTAL. EXPLOSIVOS ARMAZENADOS IRREGULARMENTE. AUTORIA COLETIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGOS 2º E 3º DA LEI 9.605/98. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 3. A denúncia, na hipótese, revela ocorrência de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa. 4. Na dicção dos arts. 2º e 3º da Lei 9.605/96, possível a responsabilização penal dos administradores da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais. 5. A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser averiguada no curso da instrução criminal. 6. Inviável a análise do liame entre a conduta dos pacientes e o fato criminoso, porquanto demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. 7. O trancamento da ação penal na via do habeas corpus só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 8. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.

(HC 128435, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, Processo eletrônico DJe-229 Divulg. 13-11-2015 Public. 16-11-2015).

existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal”.<sup>27</sup>

Do mesmo modo, para Mestieri a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo por ser incapaz de ação<sup>28</sup>: “Pelos atos delitivos praticados em nome da sociedade respondem os indivíduos diretamente responsáveis pelos fatos incriminados, e não todos os diretores, como já se pretendeu no Direito Penal Econômico brasileiro”.

No mesmo sentido, Dotti<sup>29</sup>:

O ilícito penal (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana, logo “somente a pessoa física pode ser sujeito ativo da infração penal. Apenas o ser humano, nascido de mulher pode ser considerado como autor ou partícipe do crime ou contravenção; somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito”.

E Roxin<sup>30</sup>:

O comportamento humano relevante no mundo exterior é dominado ou ao menos dominável pela vontade. Efeitos causados por animais ou poderes da natureza não constituem ações em sentido jurídico-penal, o mesmo podendo dizer-se dos atos de uma pessoa jurídica.

Não obstante, os países da *Common Law* têm adotado desde o século XIX a responsabilidade penal de corporações, o que mais recentemente vem ocorrendo nos países de tradição romano-germânica (Civil Law). A admissão do direito de processar, condenar e punir as pessoas jurídicas pelos crimes cometidos com o objetivo de aumentar as receitas ou diminuir as despesas dela tem o efeito de melhorar o ambiente econômico, na medida em que põe fim ao fenômeno identificado por Carlos Gómez-Jara Díez como “irresponsabilidade organizada”<sup>31</sup>. O conceito da “irresponsabilidade organizada” foi trabalhado originalmente por Ulrich Beck em uma perspectiva sociológica quando construiu sua teoria sobre a sociedade de risco<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado.

<sup>28</sup> MESTIERI, João. Teoria Elementar do Direito Criminal (parte geral), Rio de Janeiro, Forense. 1990.

<sup>29</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense. 2001.

<sup>30</sup> ROXIN, Klaus. Autoría y dominio del hecho em derecho penal. Madrid: Marcial Pons. 2000.

<sup>31</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madrid: Thompson Civitas, 2012, p 118.

<sup>32</sup> BECK, Ulrich. Risk Society: towards a new modernity. New York: Sage, 1992.

Justifica-se a responsabilização da pessoa jurídica por meio de dois diferentes sistemas: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade, sem falar nos modelos híbridos, mistos ou ecléticos.

O primeiro sistema nada mais é do que a transferência da responsabilidade de determinadas pessoas físicas para a pessoa jurídica (responsabilidade por empréstimo). Dentre os diferentes desenvolvimentos deste sistema se destaca o modelo francês, com a denominada “Teoria do Ricochete”, que exige, para que se reconheça a responsabilidade da empresa que a infração seja cometida por um de seus órgãos ou de seus representantes e que seja cometida em seu interesse.

Tal sistema mostra-se problemático por configurar inegável responsabilidade objetiva, restringindo demasiadamente as possibilidades de defesa da empresa, uma vez que sequer leva em consideração os controles internos e medidas preventivas realizadas.

O outro sistema é o da autorresponsabilidade. Ainda que não se lhe possa atribuir participação no ânimo de praticar os atos ilícitos de seus agentes, pode-se tipificar um crime específico das pessoas jurídicas, o de não prevenir, evitar ou punir tais crimes. Assim caminha-se para considerar a existência de vícios internos na estrutura da pessoa jurídica, que justificariam seu sancionamento pela inobservância ao dever legal de prevenção.

Os modelos intermediários se valem de aspectos dos dois acima expostos, com o objetivo de evitar uma transferência automática de responsabilidade de determinados indivíduos ou órgãos para a pessoa jurídica<sup>33</sup>.

O modelo da autorresponsabilização é defendido por autores como Klaus Tiedemann<sup>34</sup> e se harmoniza melhor com a noção de *compliance*. À pessoa jurídica, o Direito Penal deve atribuir a culpa de não prevenir a ocorrência dos crimes em seu benefício (que aumentem seus lucros ou reduzam seus custos).

Em contextos de estrutura hierárquica, os sujeitos creem que tudo está correto quando se trata de um mandamento oriundo de uma autoridade e nunca há

---

<sup>33</sup> GUEIROS SOUZA, Artur. Direito Penal Empresarial: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.p. 214.

<sup>34</sup>TIEDEMANN, Klaus. Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General. Trad. BASUALTO, Héctor Hernández, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel e RAMIREZ, Rodrigo Aldoney. Lima: Grijley, 2009. p. 232 e segs.

motivo para questionar as ordens<sup>35</sup>. Há um desligamento da responsabilidade na condução da ação por parte daquele que recebe a ordem.

Observa-se a formação de uma verdadeira “cultura corporativa”. Ao se inserir em um grupo, o sujeito tende a encampar sua cultura e compartilhar de suas crenças, o que, por conseguinte, diminui sua percepção sobre o conjunto das ações desenvolvidas dentro da corporação. O sujeito passa a encarar práticas irregulares ali desenvolvidas como algo habitual, rotineiro<sup>36</sup>. E, muitas vezes, passa a imitar e repetir tais comportamentos, em uma espécie de comportamento de manada, como aponta a teoria da associação diferencial<sup>37</sup>.

O reconhecimento dessa propensão de os indivíduos que adentram ao grupo aderirem aos valores nele compartilhados provoca uma mudança de perspectiva do Direito. A empresa, hoje, já não ocupa uma posição acessória na dinâmica do Direito Penal, como mero *locus* de ocorrência de ilícitos, convertendo-se em uma autêntica fonte de perigo aos objetos de tutela:

“as sociedades empresárias têm como objeto a produção e distribuição de riquezas, não tendo se preparado, no entanto, para um adequado tratamento dos riscos e efeitos colaterais decorrentes desta atividade”<sup>38</sup>.

Diversos países da Europa continental vêm adotando a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Entre eles: Bélgica, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Irlanda, Islândia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Reino Unido, Suécia e Suíça<sup>39</sup>.

Na América do Sul, interessante exemplo de adoção da autorresponsabilidade encontra-se na Lei 20.393/2009, do Chile, valendo traduzir o seu art. 3º:

Artigo 3º.- Atribuição de responsabilidade penal. As pessoas jurídicas responderão pelos crimes indicados no art. 1º. praticados direta e imediatamente em seu interesse ou para seu benefício por seus

<sup>35</sup> SÀNCHEZ, Jesús Maria Silva. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. Madrid, Civitas Ediciones. 1999. p. 87.

<sup>36</sup> GUARAGNI, Fábio André. Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. Anais do Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai, Florianópolis: CONPEDI, 2016. pp. 203-204.

<sup>37</sup> SUTHERLAND, Edwin H. Principles of criminology. 4ª ed. Nova Iorque: General Hall, 1947. p. 6.

<sup>38</sup> BONETTI, Juliana Bierrenbach. Responsabilidade penal pelo produto. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 22

<sup>39</sup> BEVIÁ, Jordi Gimeno. Compliance y proceso penal. Navarra: Civitas, 2016.

proprietários, controladores, diretores, responsáveis ou quem quer que realize atividades de administração ou supervisão, sempre que o delito seja cometido em consequência do não cumprimento por parte delas dos seus deveres de direção e fiscalização.

As pessoas jurídicas responderão também pelos crimes cometidos por pessoas físicas que se encontrem sob a direção ou supervisão direta das pessoas mencionadas. Considerar-se-á cumpridos os deveres de direção e fiscalização quando, antes da prática do crime, a pessoa jurídica tenha adotado e implementado modelos de organização, administração e fiscalização para a prevenção de crimes como o cometido (...).

No Brasil, a Constituição de 1988 dispôs em dois artigos sobre o tema:

Art. 173.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

(...)

Art. 225.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No entanto, o legislador ordinário somente avançou em relação aos crimes contra o meio ambiente, com a sanção da Lei 9605/98, cujo art. 3º caracteriza a responsabilidade das pessoas jurídicas da seguinte forma:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Como se extrai da redação do art. 3º da Lei Federal nº 9.605/1998, o legislador optou pela heterorresponsabilidade, estabelecendo, tal como o modelo francês, que a infração punível seria aquela cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

O Projeto de Lei do Senado nº. 236/2012 pretende inserir previsão para tal responsabilidade na parte geral do Código Penal, para os crimes contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente. A proposta legislativa mantém o atual modelo de heterorresponsabilidade.

Questão relevante diz respeito à possibilidade de a pessoa jurídica figurar sozinha no polo passivo de ação penal. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendera que a pessoa jurídica não poderia figurar sozinha no polo passivo da ação penal (para ser responsabilizada criminalmente) e, por isso, dera provimento a recurso ordinário, trancando a ação penal decorrente de denúncia contra Petrobras e duas pessoas físicas pelo crime de poluição previsto no art. 54 da Lei nº. 9.605/1998 (BRASIL, 1998c).

Decisão monocrática do Ministro Menezes Direito negara seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo MPF contra acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ no Recurso em Mandado de Segurança 16.696/PR. No entanto, o STF deu provimento, por unanimidade a agravo regimental, acolhendo o voto da Ministra Rosa Weber, que sustentou o seguinte:

Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural.

No julgamento do recurso extraordinário ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (grifos nossos)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª. Turma). Recurso Extraordinário 548181, Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013, Acórdão Eletrônico DJe-213, publicado em 30 de outubro de 2014. 2014.

A partir da uniformização da jurisprudência provocada pelo julgamento do Recurso Extraordinário 548.181 pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2013, não se exige mais necessariamente a coautoria entre a pessoa física e a pessoa jurídica para a responsabilização penal desta última.

O processo penal brasileiro, porém, ao contrário do francês – a partir da chamada Lei de Adaptação, de 15 de dezembro de 1992 - não tem regras definidas acerca da participação da pessoa jurídica em juízo, levando ao surgimento de controvérsias que dependem de soluções *ad hoc*, que vão desde a citação.

Aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil tem-se que a pessoa jurídica será representada em juízo por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores. São essas pessoas, portanto, que terão capacidade para receber a citação em nome da pessoa jurídica. Porém, em sede de interrogatório, deve-se exigir a indicação de dirigente ou qualquer preposto pode ser interrogado?

Estas e outras questões procedimentais justificam a necessidade de se estabelecer disciplina legal para o tema. Como registra Shecaira, “a admissão da responsabilidade penal das pessoas morais, nos demais países que a adotaram, teve consequências também no plano procedimental”<sup>41</sup>.

### 1.3 Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador surge da necessidade de estender a proteção do interesse público com a aplicação de sanções aos responsáveis por condutas que escapam à esfera do Direito Penal. Nesse contexto, se excluem, para a condenação, a exigência de constatação do dolo ou da culpa e a presunção de inocência. Excluem-se, ao mesmo tempo, as penas mais graves.

---

<sup>41</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 3ª ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 155.



Enquanto o Direito Penal materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente perante o juízo criminal, o Direito Administrativo Sancionador se ocupa do direito estatal de punir na órbita administrativa. O objetivo é elevar a eficiência, aliando as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal a órgãos a que se atribui “um *híbrido de atribuições de variada natureza*: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Esse complexo de funções vai cometido a um único *órgão regulador*, para que este defina especificamente o *interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito* nas relações sujeitas à regulação”. (grifos no original)<sup>42</sup>

A Lei n. 9.613/1998 exemplifica bem. A referida Lei, que tipifica a lavagem de dinheiro, previu um órgão administrativo de inteligência, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com o papel de regular, fiscalizar e punir os setores econômicos abrangidos pela lei, para os quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador.

Para maior efetividade de seus procedimentos de controle e prevenção, o legislador impôs, em especial ao setor financeiro, deveres referentes à identificação dos clientes e manutenção de cadastros, ao registro das transações e à comunicação de operações suspeitas (que sugiram crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens).

Pela Lei 12.683/2012, a Lei 9.613/1988 foi alterada para ampliar as obrigações de conformidade impostas e o rol de sujeitos obrigados. Em um primeiro momento (vide leis 10.683 e 10.701/2003), a obrigação de comunicação de operações suspeitas estava restrita às instituições financeiras e equiparadas, mas agora abrange uma vasta gama de atividades, previstas no art. 9º da Lei 9.613/1998 (LDD), com a redação dada pela Lei 12.683/2012.

As pessoas que deixem de cumprir com suas obrigações podem ser penalizadas com as seguintes sanções (art. 12 da LDD):

I - advertência;

II - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela

---

<sup>42</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das respectivas pessoas jurídicas;

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Interessante é notar que na prisão em flagrante, embora qualquer um do povo possa efetuar-la, somente as autoridades policiais e seus agentes estão obrigados a fazê-lo. Além disso, a conduta de deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação penal pública incondicionada somente constitui contravenção penal para aqueles que tenham conhecimento do fato no exercício de função pública. Para os que se deparem com a conduta criminosa no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, há um segundo requisito: além de se tratar de ação penal pública incondicionada, a comunicação não deve expor o cliente a procedimento criminal.

Agora, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, crime permanente, o dever de comunicar ao COAF suspeitas abarca uma vasta gama de profissionais e até mesmo pessoas jurídicas.

Como destaca Voronoff, a sanção administrativa deve ter por fim conformar condutas em favor da realização do interesse público - e não meramente castigar o infrator. Ou seja: sanciona-se o concessionário para que o serviço público seja adequado; sanciona-se o motorista para que se assegure a ordem no trânsito.

A finalidade da sanção administrativa, portanto, é a de realizar determinados objetivos (prestação de um serviço adequado, por exemplo), porque são eles de interesse público. O objetivo primordial da sanção não deve ser castigar nem arrecadar<sup>43</sup>.

É nesse contexto que ganha força a ideia da “autorregulação regulada”<sup>44</sup>. Em especial as grandes corporações empresariais devem se submeter a demandas regulatórias, cabendo ao poder estatal definir as regras gerais e corrigir os eventuais desvios, mantendo a titularidade do poder punitivo, mas podendo contar com a

---

<sup>43</sup> VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 99.

<sup>44</sup> COCA VILA, Ivó. Capítulo 2. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 47.

participação efetiva das empresas no processo de prevenção e sanção de condutas ilícitas.

A doutrina penalista, tomando por base critérios de imputação clássicos e princípios tradicionais do Direito Penal (como o da intervenção mínima, que tem por base os pressupostos da subsidiariedade, da fragmentariedade e da *ultima ratio*), questiona a legitimidade da intervenção penal em face de condutas que carecem de clara lesividade, ou que representam meros desvios de padrões de conduta.

Por outro lado, Adán Nieto Martín denominou “burla de etiquetas”<sup>45</sup> a situação em que o legislador prevê sanções no âmbito administrativo para condutas que deveriam ser tratadas pelo Direito Penal.

No caso italiano, isto se deu com o Decreto Legislativo 231 de 2001. Por força de dispositivo constitucional, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não se admitia naquele país. O referido decreto previu, então, sanções que foram reputadas como administrativas, de modo a burlar a vedação constitucional, sendo que o ilícito administrativo é decorrente de uma infração penal anterior cometida por uma pessoa física, com parâmetros de imputação e garantias de natureza penal. O critério de culpa é verificado através dos esforços empreendidos pela pessoa jurídica para prevenir e evitar a ocorrência de crimes. Lá a empresa é processada por um juízo criminal.

No Brasil, embora a corrupção ativa já fosse tipificada no Código Penal e a própria Lei de Improbidade estendesse seus efeitos aos terceiros beneficiários, além das punições previstas na Lei de Licitações, dentre outras, havia, supostamente, uma percepção geral de impunidade na sociedade brasileira.

Sem que houvesse vedação constitucional à imposição de sanção penal a pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção estabeleceu a possibilidade de aplicação de sanções em face dessas pessoas que independem da condenação judicial. A via judicial se exige apenas para a aplicação de algumas sanções.

De acordo com o art. 6º da Lei 12.846/13, é da competência do órgão ou entidade da Administração lesado pela pessoa jurídica a aferição da responsabilidade na esfera administrativa, o que se dá por meio de PAR.

A responsabilização na esfera administrativa deve obedecer aos ditames

---

<sup>45</sup> NIETO MARTIN, Adán Nieto. El derecho penal en la era compliance. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

estabelecidos na Lei Anticorrupção e em seu Decreto Regulamentador. Cada órgão ou ente da Administração Pública julgará os casos relativos à sua atuação, como se depreende do art. 8º da lei.

Da mesma forma, cabe a cada órgão ou ente da Administração Pública celebrar o Acordo de Leniência, que será objeto de estudo mais adiante nesta tese, exceto no âmbito do Poder Executivo Federal, em que a competência é exclusiva da Controladoria-Geral da União (CGU).

Constrói-se assim no Brasil uma situação de acentuado desequilíbrio entre acusação e defesa nos casos dos crimes que também configuram atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, pois, ao mesmo tempo em que o Estado busca se valer de sanções administrativas para coibir e reparar os danos causados pela prática de atos contra a administração pública, deixa claro que não pretende abrir mão da criminalização de tais condutas, ainda que não tenha lançado mão da responsabilização penal da pessoa jurídica quanto a elas.

Isso faz com que as pessoas jurídicas e seus colaboradores tenham de se defender em múltiplas instâncias, suportando o custo disso, que inclui a remuneração de advogados, sejam estes funcionários da pessoa jurídica envolvida ou externos, contratados para atos específicos.

A Lei Anticorrupção se valeu do Direito Administrativo Sancionador para oferecer ferramenta de imposição mais célere de sanções<sup>46</sup>, mediante a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.

Uma interpretação conjunta do caput do art. 2º com o § 1º do art. 3º da Lei Anticorrupção não dá margem sequer ao afastamento da sanção à empresa com base na culpa exclusiva de terceiro (dirigente, funcionário e todo tipo de representante que atue em seu nome ou benefício), pois prevê a aplicação de sanção sempre que o ato lesivo seja cometido em seu benefício.

Na medida em que acelera a sanção, pode-se vislumbrar um verdadeiro direito penal de segunda velocidade, como exposto por Silva Sanchez<sup>47</sup>. Ou seja, uma espécie de marcha mais rápida, enquanto que o Direito Penal em sua primeira

---

<sup>46</sup> A exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas da nova legislação justificou-se na ideia de que "a lei penal não oferece mecanismos efetivos ou rápidos para punir pessoas jurídicas". vide Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 6.826-A, de 2010, que deu azo à Lei n. 12.846, no seu item 10.

<sup>47</sup>SILVA SÀNCHEZ, Jesús Maria. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: Civitas Ediciones. 1999.

velocidade manteria as garantias constitucionais e as penas privativas de liberdade aplicando-se ao núcleo duro das condutas típicas.

Oliveira analisa a severidade das sanções administrativas previstas na LIA e na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro - Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. Considera o caso da empresa Siemens, que recebeu condenações penais nos Estados Unidos e foi punida administrativamente na Alemanha, onde não se atribui responsabilidade penal às pessoas jurídicas, e destaca: “hoje há um cenário de sobreposição no qual podemos verificar que a transferência de um tipo penal para o Direito Administrativo sancionador não significa a descriminalização da conduta, senão o reforço da norma penal” e, ainda, que “muitas vezes a incorporação de proibições administrativas ao catálogo de sanções penais não reflete a eliminação dessa conduta do conjunto do Direito Administrativo sancionador”<sup>48</sup>.

Semelhante à teoria das duas velocidades a proposta de Hassemer era a descriminalização de condutas, de modo que apenas aquelas que ofereçam lesão, perigo concreto, ou perigo de ofensa evidente, de excepcional gravidade, a bens jurídicos individuais fossem passíveis da tutela penal:

Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção<sup>49</sup>.

Nas palavras de Salvador Netto:

A ideia de '*Direito de Intervenção*' consiste, assim, exatamente, na criação de um novo ramo jurídico, dotado de menos garantias que o sistema penal, mas, ao mesmo tempo, capaz de coibir e reprimir os desvios típicos da sociedade reflexiva. Este direito estaria sediado no espaço limítrofe do direito civil e administrativo.

Desse modo, ao direito penal pertencem a proteção de bens jurídicos pessoais, a aplicação das sanções mais severas como a pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, um feixe abrangente de garantias processuais e materiais. Ao direito penal (de intervenção) caberia a regulação das '*instâncias de interação coletiva*', com menos garantias e, diante disso, sem a possibilidade de punições severas como a privação da liberdade<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro, dissertação de mestrado em Direito Penal, F. Direito – USP. 2012. p. 91.

<sup>49</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8, p 41-51, out./dez., 1994, p. 49.

<sup>50</sup>SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade Penal e Sociedade de Risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 161.

Em resumo, o Direito de Intervenção, à luz das proposições de Hassemer, objetiva, primordialmente, a busca de outros mecanismos de solução de conflitos alheios ao Direito Penal, de forma a propiciar a esse ramo do Direito atuar exclusivamente no âmbito de seus tipos clássicos, assegurando-se a manutenção e a aplicabilidade de seus princípios basilares<sup>51</sup>.

O objetivo desta tese, ao explorar o *compliance*, em especial o instrumento das investigações internas, é oferecer uma solução rápida, porém com a tendência de que se alcance maior justiça, através dos acordos de leniência que ponham fim a todos, ou quase todos, os processos administrativos e judiciais acerca dos fatos.

#### 1.4 *Nudges*

As características do Direito Penal Econômico acima apontadas revelam uma preocupação com a impunidade, que tende a mitigar garantias de modo a facilitar o recebimento de denúncias. Contudo, outro caminho se abre no processo penal, que além de melhor servir ao objetivo da prevenção, ainda tem a vantagem de não afrontar garantias. Trata-se dos negócios jurídicos processuais.

A disseminação dos acordos no âmbito penal cria a possibilidade de aplicação de sanções sem a necessidade de processo. Para que tais acordos sejam atraentes é fundamental que o legislador parta do pressuposto de que os indivíduos são capazes de aplicar uma função avaliadora de utilidade, sendo capazes de ordenar preferências de forma coerente, ao mesmo tempo em que buscam maximizar essa utilidade.

Deve-se atentar, porém, para o fato de que a racionalidade pretendida pela teoria neoclássica não se adequa integralmente à realidade, havendo margem para se influenciar comportamentos por meio de formulações implícitas e não impositivas, os chamados *nudges*.

---

<sup>51</sup>OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direitos de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 62-66.

Em Thaler e Sunstein<sup>52</sup>, livro traduzido para o português como *Nudge – O Empurrão para a escolha certa*, os autores discutem os fatores inconscientes envolvidos no nosso processo de decisão e sugerem alguns exemplos de pequenas mudanças, que denominam *nudges*, que podem trazer grandes benefícios para a sociedade.

Trata-se de qualquer fator significativo que possa alterar o comportamento das pessoas, normalmente uma mudança na arquitetura da escolha, sem que seja necessário proibir qualquer opção ou mudar significativamente os incentivos econômicos, ou, como definem Hansen e Jespersen<sup>53</sup>:

(...) qualquer tentativa de influenciar o julgamento, escolha ou comportamento das pessoas de uma forma previsível, que é (1) possibilitada em virtude de limites cognitivos, vieses, rotinas e hábitos na tomada de decisão individual ou social, que impõem barreiras para que as pessoas ajam racionalmente em seu próprio autointeresse; e que (2) funciona valendo-se desses limites, vieses, rotinas, e hábitos.

A partir da constatação da diferença entre a concepção tradicional da natureza humana encontrada na economia e as descobertas das ciências comportamentais (psicologia, economia comportamental, neurociências, entre outras) sobre o efeito desproporcional que o ambiente exerce sobre os julgamentos e tomadas de decisões humanas, Thaler<sup>54</sup> propõe a aplicação dos conhecimentos científicos na organização ou criação de contextos que influenciem as decisões das pessoas, de acordo com seu próprio interesse.

A ideia de arquitetura de escolha surge do reconhecimento da importância de organizar o contexto em que as pessoas tomam decisões considerando que tanto a forma como a escolha é apresentada quanto o contexto ao seu redor afetam a tomada de decisão.

Daí a importância de pensar em como uma situação pode ser estruturada, desenhada, para que se chegue ao fim desejado.

A ideia é descrever-se a situação de maneira que seja mais provável que os indivíduos (e também as empresas) escolham determinada opção.

---

<sup>52</sup> THALER, Richard e SUNSTEIN, Cass, *Nudge – Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press, 2008.

<sup>53</sup> HANSEN, Pelle e JESPERSEN, Andreas. *Nudge and the Manipulation of Choice: A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy*, *European Journal of Risk Regulation*, v. 4, nº 1, 2013, pp. 3-28. p. 7.

<sup>54</sup> THALER, Richard, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, New York: Norton, 2015.

Um exemplo clássico de *nudge* é destacado em Thaler. Consiste no estímulo a aumentar as contribuições das pessoas para seus planos de previdência, agendando os aumentos para o momento do próximo aumento de salário.

Diferentes *nudges* tem-se demonstrado eficientes na inibição de condutas que se deseja modificar, seja por contrapor a motivação de respeito à própria dignidade à motivação de obter vantagem indevida<sup>55</sup>, seja por fazer presentes dados objetivos que reduzem a oportunidade de executar ou racionalizar tais condutas<sup>56</sup>.

Um primeiro exemplo desse tipo é o da inclusão de pequenos acréscimos na correspondência cobrando débitos tributários no Reino Unido. Ficou demonstrado que o máximo retorno era obtido incluindo uma frase informando que, na localidade de residência do destinatário, muitos contribuintes já tinham acertado suas contas<sup>57</sup>.

Outro exemplo é o do efeito sobre os gerentes da inclusão no rodapé das correspondências enviadas pelos seus subordinados de uma frase revelando alto padrão ético (como “Melhor o insucesso com honra que o sucesso com fraude”). Em estudo de laboratório relatado por Desai e Kouchaki<sup>58</sup> ficou demonstrado que isso desestimula os líderes a proporem a sua equipe comportamentos desonestos.

Verifica-se oportuna a inserção de *nudges* na regulação dos comportamentos das empresas, seja no desenvolvimento das apurações internas, seja no aproveitamento dos resultados de procedimentos internos na negociação dos acordos de leniência.

---

<sup>55</sup> MAZAR N, Amir On; ARIELY, Dan. The dishonesty of honest people: a theory of self concept maintenance, *Journal of Marketing Research* 45(6). 2008, pp. 633–644.

<sup>56</sup> BURGER, J. M. e CALDWELL, D. F. When opportunity knocks: the effect of a perceived unique opportunity on compliance, *Group Processes & Intergroup Relations* 14, 5, p. 671–676, 2011.

<sup>57</sup> SLOBODA, Matus, PAVLOVSKÝ, Patrik; SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, Emilia, The effectiveness of behavioural interventions on increasing revenue from local fee, *Review of Behavioral Finance*, 14, 1, 2022, pp 1-15.

<sup>58</sup> DESAI, Sreedhari D. e KOUCHAKI, Maryam. Moral Symbols: A Necklace of Garlic against Unethical Requests, *Academy of Management Journal*, v. 60, no 1, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.5465/amj.2015.0008>>. Acesso em: 13/3/2022.



## 2 COMPLIANCE E PROCESSO PENAL

Quando usamos a expressão *Compliance*, queremos nos referir ao que o legislador brasileiro chama de conformidade ou integridade. Neste sentido, vale transcrever o art. 41 do Decreto 8.420/2015:

Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Os programas de *compliance* vinculam-se à ideia de vigilância na condução das atividades empresariais. Da parte do empregado, embora possa não estar sendo efetivamente vigiado todo o tempo, espera-se que cumpra as regras integralmente, temendo a supervisão. Aos estratos superiores das organizações impõe-se o dever de vigilância exigindo-se uma atuação fiscalizatória intensa e rigorosa.

Programas de *compliance* não são padronizados e devem ser desenvolvidos conforme as especificidades de cada organização. Ainda são poucas as organizações que vão além da elaboração de inócuos códigos de ética. Ocorre que, tal como a verdadeira Constituição de um país depende de fatores reais de poder, sendo que, quando a Constituição escrita não corresponde a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada, os Códigos de Conduta podem também ser somente folhas de papel.

O Código de Ética expressa os valores, princípios e diretrizes mais gerais da instituição, no que se refere aos comportamentos e condutas que se almeja dos seus participantes<sup>59</sup>. As políticas e regulamentos, por sua vez, devem se espelhar no Código de Ética para regulamentar de forma detalhada determinadas situações.

Códigos, políticas e regulamentos possuem a função de despersonalizar a gestão da organização e uniformizar comportamentos e processos internos, de forma a orientar condutas.

---

<sup>59</sup> “O Código de Ética e de Conduta é o principal instrumento da empresa para divulgar os princípios e valores corporativos, bem como estabelecer as diretrizes básicas relacionadas ao padrão de comportamento esperado de seus administradores”. EL KALAY, Matheus Cunha. Manual de Compliance: Compliance Mastermind v. 1. Disponível em: <<https://amz.onl/i1xJP10>> Acesso em 8-10-2021.

A efetiva estruturação de um programa de *compliance* exige a estruturação das regras e instrumentos, mas também: a definição de instância responsável (a designação de um *Compliance Officer* e/ou Comitê de *Compliance*, por exemplo); o comprometimento e apoio da alta direção, análise de perfil e riscos; e estratégias de monitoramento contínuo.

Dentre os pontos básicos de um programa de *compliance* merece destaque a exigência de mecanismos internos de prevenção e detecção de irregularidades, tais como os canais internos de denúncia e comunicação de irregularidades, de preferência oferecendo a possibilidade do anonimato, com a devida proteção dos denunciantes (*whistleblowers*) e de sua identificação. Igualmente importante é a instituição de meios de investigação interna, componente imprescindível da parte reativa dos programas de *compliance*, e a previsão de aplicação eventual de sanções.

Uma vez que investigação confirme a ocorrência de ato lesivo envolvendo a empresa devem ser tomadas providências para assegurar a imediata interrupção daquele ato, cabendo à empresa providenciar soluções e reparar efeitos causados. Devem ser previstas regras e instrumentos voltados à remediação de ilícitos detectados: a empresa deve prever e aplicar sanções disciplinares aos funcionários envolvidos, recomendando-se que a adoção dessas medidas seja divulgada interna e externamente, a fim de reforçar publicamente a não tolerância da empresa com a prática de ilícitos.

No Brasil, desde o julgamento do “Mensalão”, e com ainda maior divulgação nas investigações da “Lava Jato”, difundiu-se a compreensão de que a omissão no cumprimento de regras de *compliance* pode ser suficiente para levar os dirigentes das empresas a condenações por lavagem de dinheiro e por crimes contra o sistema financeiro nacional, tais como o delito de gestão fraudulenta. A teoria adotada naquele precedente do Supremo é conhecida como “Cegueira Deliberada” (*willfulblindness*), ficção jurídica utilizada para fixar responsabilidade penal quando o agente nada faz ante a probabilidade real de um resultado criminoso, fingindo não perceber determinada situação de ilicitude<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> RUIVO, Marcelo Almeida. Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF (caso mensalão). Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 242, Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim/283-242-Janeiro2013>. Acesso em: 2 out. 2020.

O dolo pode, então, ser depreendido a partir de elementos objetivos como a ocupação de determinado cargo em organograma empresarial e a participação formal em certos atos, “como decorrente do dever de controle e fiscalização de que está incumbido em razão de sua posição hierárquica”<sup>61</sup>.

Os dirigentes empresariais são vistos, pois, como garantidores e podem ser, por eventual omissão imprópria, responsabilizados por lesões ou riscos de lesões que tenham sido originadas em estratos submetidos à sua supervisão.

O ambiente assim criado torna-se especialmente inseguro na medida em que normas que determinam obrigações de *compliance* têm como fonte diversos órgãos, tais como COAF, Banco Central (BACEN), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e espriam-se sobre diversos segmentos econômicos.

A cada dia que passa, cresce o número de normas legais e regulatórias relativas à atividade empresarial. As alterações legislativas ocorrem com cada vez maior frequência, tornando cada vez mais complexa a miríade normativa incidente sobre o exercício dos negócios. Essa grande complexidade e alta instabilidade dificulta o estabelecimento de programas de *compliance* efetivos.

Em princípio, o *compliance*, além de prevenir ilícitos, também pode ensejar a redução de sanções que venham a ser impostas à pessoa jurídica e até mesmo afastar a responsabilização criminal de seus administradores, mediante a delimitação de responsabilidades entre setores da empresa e a apuração interna de desvios de conduta. O inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção afirma que “será levada em consideração” a existência de um programa deste tipo. Esta expressão, entretanto, de nenhuma forma explica a qual benefício poderá vir a fazer jus uma empresa.

Ao limitar-se a estimular a opção das empresas por implantarem programas, esta legislação adota a lógica dos *nudges*. Porém essa disposição conflita com a opção pela responsabilidade objetiva, que considera absolutamente irrelevante a vontade da empresa ou de seus dirigentes de cometerem o ato lesivo ou tomarem precauções para que o mesmo não seja cometido.

---

<sup>61</sup> Idem, ibidem.

Ao juntar o *compliance* com a responsabilidade objetiva, a legislação torna-se alvo de críticas como a de Leandro Sarcedo<sup>62</sup>, que chega a afirmar que “parece, isto sim, um desestímulo para que os programas de *compliance* e os altos investimentos neles envolvidos sejam levados a sério pelas corporações”.

Por outro lado, conforme Tiedemann<sup>63</sup>, embora a mera existência do *compliance* não exima, automaticamente, a empresa de culpabilidade, pode afastar, no caso concreto, a figura do defeito de organização, visto como o fundamento e fator de legitimação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Na França, por exemplo, o artigo 434-43-1 do Code Pénal prevê o crime de omissão de implementar um programa de *compliance*.

O objetivo central desta tese é sugerir que o legislador pátrio estabeleça uma interação efetiva entre o *compliance*, em especial as investigações internas, e o processo penal. Pretende-se, através de uma proposta de regulamentação legal da prática dos acordos de leniência que vem sendo firmados pelo MPF com empresas passíveis de sanção pela Lei Anticorrupção, fazer com que as corporações sejam incentivadas a compartilhar os resultados de suas investigações internas.

## 2.1 Exemplos de Outros Países

A interação entre o *compliance* e o processo penal ainda carece de regulamentação adequada no Brasil. A formulação dessa regulamentação pode orientar-se pelo observado recentemente em outros países.

Abaixo comenta-se, brevemente, a legislação da Argentina, da Espanha, da França e da Itália, tecendo-se, em seguida, comentários sobre Reino Unido e Estados Unidos.

---

<sup>62</sup> SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 169.

<sup>63</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Poder economico y delito: introduccion al derecho penal economico y de la empresa*. Barcelona: Ariel. 1985.

### 2.1.1 Argentina

Na lei anticorrupção da Argentina – a Lei 27.401/2017, em vigor desde 1 de Março de 2018, que estabeleceu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas privadas pela prática de crimes de corrupção, a pena pode ser afastada se a pessoa jurídica espontaneamente denunciar um delito descoberto em sua própria atividade de detecção e investigação interna. Para Cecilia Choeri da Silva Coelho, a Lei 27.401/2017 “pode ser considerada uma ‘lei de segunda geração’ frente a nossa Lei 12.846/2013”<sup>64</sup>.

O artigo 9º da Lei 27401/2017, a seguir traduzido, estabelece que a pena pode ser afastada se a pessoa jurídica espontaneamente denunciar um delito descoberto em sua própria atividade de detecção e investigação interna:

Art. 9º- Isenção de penalidade.

A pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade administrativa e de sanção quando se verificarem simultaneamente as seguintes circunstâncias:

- a) tenha denunciado espontaneamente crime previsto na presente lei em resultado de atividade interna de detecção e investigação;
- b) tenha implementado, previamente à realização do fato, um sistema de controle e fiscalização adequado nos termos dos artigos 22º. e 23.º da presente lei, cuja violação teria exigido um esforço dos intervenientes na prática do crime;
- c) tenha devolvido o ganho indevido obtido.

Embora segundo Juan Pablo Montiel não haja jurisprudência a respeito e nem tampouco grandes avanços na práxis das empresas argentinas<sup>65</sup>, esta disciplina legal é bastante inspiradora ao prever a completa isenção de responsabilidade para a empresa que denuncie espontaneamente crime.

### 2.1.2 Espanha

A legislação espanhola, a partir de mudança legislativa de 2015, passou a prever explicitamente a interação entre o *compliance* e o Processo Penal.

<sup>64</sup> COELHO, Cecilia Choeri da Silva. Considerações sobre o Projeto de Lei 1.588/2020: A novel certificação de Programa de Integridade. Revista Científica do CPJM [S. l.], v. 1, n. 3, p.467-472, 2022. Disponível em: <<https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/80/96>>. Acesso em 13/6/2022.

<sup>65</sup> Entrevista com Juan Pablo Montiel, disponível em: <<http://www.cpj.uerj.br/em-foco-entrevista-com-juan-pablo-montiel/>>. Acesso em 13/6/2022.

O parágrafo 2 do artigo 31 bis do Código Penal Espanhol traz a disposição de que será isenta de pena a pessoa jurídica se:

- 1.o órgão de administração tiver adotado e executado com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir os delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa o risco de seu cometimento;
- 2.a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado tiver sido confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e de controle;
- 3.os autores individuais que cometeram o delito terem-no feito iludindo de modo fraudulento os modelos de organização e prevenção e
- 4.não tenha o órgão descrito no item 2 se omitido ou exercitado de maneira insuficiente de suas funções de supervisão, vigilância e controle.

Em comum com a legislação argentina acima exposta verifica-se a possibilidade de isenção de sanções em favor da pessoa jurídica. No entanto, não há referência a necessidade de que a empresa denuncie espontaneamente crime. Por outro lado, da redação do dispositivo acima traduzido se extrai a necessidade de se aferir a adoção e execução eficaz do *compliance*.

Segundo Ferré Olivé<sup>66</sup>, é objeto de debate jurisprudencial e doutrinário decidir sobre quem deve arcar com o ônus da prova da existência e eficácia das medidas de vigilância e controle. Segundo o autor, na relevante Sentença do Tribunal Supremo – STS 154/2016, de 29 de fevereiro, a maioria dos magistrados (8 votos) considerou que correspondia à acusação a prova da inexistência ou insuficiência dos mecanismos de controle. A minoria (7 votos), considerou que tal prova deveria recair sobre a defesa, que é quem o alega.

### 2.1.3. França

A lei 2016-1691 de 10.12.2016 (Sapin II<sup>67</sup>) obrigou a implementação de programas de integridade em empresas francesas ou pertencentes a grupos com sede na França que tenham faturamento consolidado superior a 100 milhões de euros e com mais de 500 funcionários. Estes programas devem contemplar

<sup>66</sup> CARLOS FERRÉ OLIVÉ, J. . Aspectos procesales del criminal compliance. Revista Científica do CPJM, v. 1, n. 02, p. 206–224. 2022, p. 221. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/41>. Acesso em: 13 jun 2022.

<sup>67</sup> A designação “II” se dá porque, em 1993, entrou em vigor a Lei Sapin I, relativa à prevenção da corrupção e em prol da transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos, regulando questões afetas à publicidade e ao financiamento de partidos políticos, por exemplo.

mecanismo de denúncia e fornecer "proteção contra retaliação" e garantir a confidencialidade aos denunciantes. Os denunciantes devem primeiro usar os canais internos de relato antes de denunciar ao regulador e, finalmente, à imprensa.

A mesma lei introduz acordos diferidos de acusação (referidos na Lei como *convention judiciaire d'intérêt public* - CJIP), contrapartes dos chamados acordos diferidos de acusação ( DPA ) dos Estados Unidos e do Reino Unido. A CJIP permite que o Ministério Público celebre um acordo com uma pessoa coletiva implicada ou indiciada por atos de corrupção, tráfico de influência, evasão fiscal e lavagem de dinheiro, além de qualquer delito conexo.

A lei prevê a obrigatoriedade de duas condições que podem inclusive ser aplicadas cumulativamente. A primeira consiste no pagamento de uma multa proporcional às vantagens retiradas da prática do crime que não pode ultrapassar 30% do volume anual de negócios, calculado a partir dos últimos três anos.

A segunda obrigação consiste em a empresa se submeter, por um período máximo de três anos, a um programa de *mise en conformité*, supervisionado pela agência francesa anticorrupção (AFA).

Dentre os fatores levados em consideração pela acusação no cálculo da multa estão a potencial divulgação espontânea, o grau de cooperação e as medidas corretivas implementadas.

A cooperação da pessoa jurídica nas investigações judiciais de que é o objeto constitui um pré-requisito necessário para a conclusão da CJIP. Para que a convenção seja oferecida a empresa deve adotar uma atitude próxima da autoincriminação. Porém, ainda que a pessoa coletiva declare a sua culpabilidade (o que não é exigido), a convenção não tem efeito condenatório.

Na prática, a empresa deve concordar em abrir seus arquivos e ajudar a acusação a identificar, de forma relativamente rápida, as supostas infrações. Deve confiar ao Ministério Público os documentos e dados úteis ao esclarecimento dos fatos. Tal cooperação implica na condução de um investigação interna em paralelo com a investigação criminal.

A CJIP oferece uma alternativa a um longo processo penal, incluindo uma audiência pública, que pode revelar-se fortemente impactante no que tange à reputação das pessoas jurídicas.

No entanto, a assinatura de uma CJIP não é um caminho fácil e as pessoas jurídicas que pretendam enveredar por este caminho devem estar plenamente conscientes das significativas expectativas do Ministério Público.

Como afirmam Daoud, Perrault e Roelens, na França, para que a pessoa jurídica seja responsabilizada criminalmente, o delito também deve ter sido cometido em seu nome. Porém, os magistrados interpretam essa condição com flexibilidade. Na prática, se a infração foi cometida durante as atividades cuja finalidade seja a organização ou o funcionamento da empresa, a responsabilidade criminal pode ser reconhecida mesmo que a empresa não tire nenhum benefício desses atos<sup>68</sup>.

Segundo os mesmos autores, a multiplicação das obrigações de agir e, em particular, das obrigações de compliance impostas aos gestores é acompanhada de uma penalização das suas omissões. O administrador da sociedade pode, assim, ser responsabilizado criminalmente por atos que não cometeu. O artigo 121-3 do Código Penal francês prevê que, para determinados delitos, não é necessário demonstrar a intenção do autor, bastando a culpa.

Da mesma forma que ocorre nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção brasileira, a celebração de CJIP não extingue a ação penal contra o gestor, pessoa física. De fato, ao contrário do *Deferred Prosecution Agreement* americano, a CJIP exclui do seu âmbito as pessoas singulares.

A investigação interna realizada pela empresa deve, portanto, também contribuir para o estabelecimento de responsabilidades individuais. O gestor da empresa poderá eventualmente buscar um processo judicial negociado introduzido no direito francês em 2004, denominado “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*” sem a certeza de que será validado concomitantemente com a aprovação da CJIP relativa aos mesmos fatos.

#### 2.1.4. Itália

Na legislação italiana, disposição similar à espanhola já se encontra desde 2001. O Decreto Legislativo 231/2001, mais precisamente no seu artigo 7º

---

<sup>68</sup> DAOUD, Emmanuel; PERRAULT, Marie; ROELENS, Julien. La responsabilisation penale de l'entreprise et de son dirigeant en droit français face aux nouveaux risques: environnement et droit humains. Revista Científica do CPJM [S. l.], v. 1, n. 3, p. 189–214, 2022.



estabelece que a adoção de um programa efetivo de *compliance* pode excluir a responsabilização da empresa.

Os artigos 5, 6 e 7 do Decreto Legislativo 231/2001 estabelecem os sujeitos ativos, o critério de transferência da responsabilidade e as hipóteses de isenção ou atenuação de pena para as pessoas jurídicas mediante a verificação da ocorrência de determinadas circunstâncias ligadas, diretamente, ao modelo de organização da empresa:

Art. 5.

1. A empresa responde pelos crimes cometidos no seu interesse ou a seu favor:

a) por pessoas com funções de representação, administração ou gestão da empresa ou de uma sua unidade organizacional possuindo recursos financeiros e autonomia funcional, e pelas pessoas que exerçam, ainda que, apenas, de fato, a sua gestão e controle;

b) por pessoas sujeitas à direção ou fiscalização de pessoa citada em 5.1. a.

2. A agência não responde se as pessoas indicadas no inciso 5.1 agiram em seu próprio interesse ou o de terceiros.

Art. 6.

1. Se o crime tiver sido cometido pelas pessoas indicadas no artigo 5º, inciso 1, alínea a), a empresa não é responsável se provar que:

a) a administração adotou e efetivamente implementou, antes do cometimento do fato, modelos de organização e de gestão adequados para prevenir crimes do mesmo tipo que o cometido;

b) a tarefa de fiscalizar o funcionamento e a observância dos modelos para cuidar de sua atualização foi confiada a um órgão da empresa com poderes autônomos de iniciativa e controle;

c) as pessoas tenham cometido o crime dolosamente, iludindo os modelos de organização e de gestão;

d) a fiscalização pelo órgão referido em b) não tenha sido omissa ou insuficiente;

2. Em relação à extensão dos poderes delegados e ao risco de serem cometidos crimes, os modelos em 5.1.a devem atender aos seguintes requisitos:

a) identificar as atividades em que se enquadram os crimes que podem estar sendo cometidos;

b) prever protocolos específicos destinados a programar a formação e a execução das decisões da empresa em relação aos crimes a prevenir;

c) identificar formas de gestão de recursos financeiros capazes de impedir a prática dos crimes;

d) prever obrigações de informação para o órgão encarregado de supervisionar o funcionamento e a observância dos modelos;

e) introduzir um sistema disciplinar adequado para aplicar sanções pelo desrespeito das medidas indicadas;

3. Os modelos de organização e gestão adotados atendendo requisitos do inciso 2, podem ser organizados com base em códigos de comportamento elaborados por associações representativas das empresas e comunicados ao Ministério da Justiça que, em concertação com os outros ministérios, pode formular, no prazo de trinta dias, observações sobre a adequação dos modelos para prevenir crimes.

4. Nas pequenas empresas, as tarefas indicadas em 1.b podem ser realizadas diretamente pelo seu órgão de direção.

5. Em qualquer caso, é obrigatório confiscar o lucro que a empresa obteve do crime, também na forma equivalente.

## Art. 7.

1. No caso previsto em 5.1.b, a empresa é responsável se a prática do crime foi possível devido à não observância das obrigações de gestão ou supervisão.

2. Em qualquer caso, o não cumprimento das obrigações de gestão e supervisão é excluído se a empresa, antes de o crime ter sido cometido, adotou e efetivamente implementou um modelo de organização, gestão e controle adequado para prevenir crimes do mesmo tipo daquele cometido.

3. O modelo deve prever, em relação à natureza e à dimensão da organização e ao tipo de atividade realizada, medidas adequadas para garantir o exercício da atividade com respeito da lei e descobrir e eliminar prontamente qualquer situação de risco.

4. A implementação efetiva do modelo requer:

a) uma verificação periódica e sua possível modificação quando quaisquer violações significativas das prescrições sejam descobertas ou quando ocorram mudanças na organização ou na atividade;

b) um sistema disciplinar capaz de punir qualquer desrespeito às medidas indicadas no modelo.

Note-se que o artigo 7.1 determina que só é responsável a empresa se a infração foi cometida em razão de falha de gestão ou de supervisão, o que deverá ser provado pela acusação.

A leitura do artigo 5.1, reforçada pelo 5.2, demonstra a exigência de que o ato tenha sido cometido no interesse da empresa ou que a ela tenha gerado vantagem, não sendo atribuível à pessoa jurídica o ato cometido no interesse exclusivo do agente ou de terceiro<sup>69</sup>.

Destaque-se ainda que a lei prevê duas formas de envolvimento da empresa, por falhas na gestão ou na supervisão, e detalha mecanismos de exclusão para cada uma das duas hipóteses.

Mesmo que se verifique a ocorrência de um ilícito no âmbito da empresa, a existência de um programa de *compliance* efetivo pode levar ao reconhecimento de uma excludente de tipicidade: quando for possível demonstrar que o fato imputado como crime se deu no exclusivo âmbito de liberdade de agente delegado, desde que não se verifique qualquer resquício subjetivo de influência do delegante. Para se afastar o risco de responsabilização da empresa e de seus dirigentes, portanto, é mister demonstrar que suas iniciativas diminuíram o risco de ocorrência de ilícitos.

Assentando a culpabilidade da empresa sobre a ideia de falhas organizacionais que a tornam infiel ao direito, adequam-se Espanha e Itália ao modelo de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas visto no capítulo anterior.

---

<sup>69</sup> FOFFANI, Luigi. Responsabilita degle enti da reato in Italia *in* FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium, Napoli: Jovene, 2012, p.99.

A efetividade do *compliance* também é levada em conta nos dois principais expoentes da Common Law.

### 2.1.5 Reino Unido

O *Bribery Act* do Reino Unido (UKBA) caracteriza como crime o fracasso das organizações comerciais na prevenção de práticas de suborno. O Ministério da Justiça do Reino Unido também elaborou um guia para as organizações se precaverem das punições previstas pelo UKBA<sup>70</sup>.

Em maio de 2011, um verdadeiro manual sobre procedimentos de prevenção a práticas corruptas permitiu que as empresas entendessem melhor o que, efetivamente, o *Bribery Act* esperava delas. O guia, inobstante dispor que cada empresa precisa criar um programa de *compliance* que lhe seja adequado, levando em consideração seu tamanho, seus objetivos, sua atuação e as demais circunstâncias que sejam importantes para o seu desenho, propõe princípios a partir dos quais as pessoas jurídicas deverão construir seus programas. Inclui exemplos e modelos de estrutura sugeridos para diferentes situações, no espírito dos *nudges*.

O guia também destaca a presença no *Bribery Act* do crime de omissão em impedir que pessoas ligadas à empresa cometam suborno em benefício dela e que a empresa pode escusar-se integralmente provando que, a despeito da particular ocorrência, ela mantém operativos procedimentos adequados para evitá-los.

No Reino Unido, desde 2013, estão previstos os *Deferred Prosecution Agreements* – *DPA*s. São acordos escritos formais entre uma empresa e um promotor em que o promotor concorda em adiar a ação penal da empresa infratora em troca do pagamento de uma multa e/ou do cumprimento de outras condições. Eles podem ser usados por procuradores específicos em caso de fraude, suborno e outros crimes financeiros.

Os *DPA*s destinam-se a impedir que a promotoria incorra no custo total de processar as empresas e também a incentivar as empresas a denunciarem

---

<sup>70</sup> UNITED KINGDOM. Bribery Act Guidance. 2010. Disponível em <<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>.

ativamente a má conduta e cooperar plenamente com as investigações oficiais. Os DPAs no Reino Unido estão sujeitos à supervisão judicial.

### 2.1.6 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça<sup>71</sup> apresenta os seguintes elementos comuns aos programas de *compliance* tidos como efetivos:

1.comprometimento do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva com o programa, bem como estabelecimento de uma política interna anticorrupção que seja claramente implementada pelo próprio alto escalão da empresa;

2.estabelecimento de um Código de Conduta que define as atividades que devem e as atividades que não devem fazer parte do cotidiano dos funcionários, inclusive pequenas situações tais como o recebimento ou oferecimento de presentes simbólicos;

3.nomeação de um integrante da empresa ou um departamento responsável pela supervisão do programa de compliance, sendo certo que o mesmo deve ser dotado de autonomia e recursos suficientes para realizar com efetividade seus objetivos;

4.análise de riscos necessária para definir, com exatidão, quais as vulnerabilidades específicas ligadas à atuação da empresa, tendo em vista, nomeadamente, o país e o setor em que atua, as oportunidades de negócio, os parceiros comerciais (inclusive os potenciais), o nível de envolvimento com governos, o nível de regulação estatal do setor e a exposição em relação a alfândegas e imigração na condução dos negócios;

5.existência de treinamento adequado para que a comunicação aos funcionários dos procedimentos de *compliance* seja eficaz e efetivamente apreendida por eles, nos quais se incluem os altos diretores, o qual deve ser constantemente atualizado e repetido, ou seja, um treinamento contínuo;

6.criação de medidas de incentivo para aqueles membros que atuam em conformidade com o programa, tais como avaliações positivas ou promoções, demonstrando como é positivo que se siga aqueles normas, bem como medidas disciplinares que sancionem aqueles que atuam contrariamente ao programa, as quais devem ser aplicáveis a todo e qualquer membro da empresa independente de sua importância ou posição, a fim de se demonstrar que as consequências do mau comportamento são verdadeiras;

7.existência de controle e das devidas diligências de supervisão sobre terceiros com quem a empresa contrate, tais como agentes, consultores e distribuidores, cujas ações devem ser acompanhadas pelo *compliance* da empresa;

8.existência de mecanismos para que os funcionários possam denunciar condutas suspeitas de maneira confidencial e anônima, bem como procedimentos de investigações internas de tais denúncias;

9.atualizações contínuas que permitam melhorias permanentes do programa, incluindo testes periódicos e revisões dos procedimentos e, ainda, existência de diligências devidas antes de realizar uma fusão ou aquisição, bem como uma integração adequada pós-operação d a nova organização societária e seus procedimentos, inclusive os de *compliance*.

---

<sup>71</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Evaluation of corporate compliance programs. 2017.

Em manual<sup>72</sup>, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos convoca especificamente os promotores a “determinar se o programa de *compliance* da corporação é simplesmente ‘um programa de gaveta’ ou se ele foi projetado, implementado, revisado e considerado adequado efetivamente”.

Seguindo tal orientação, os promotores devem verificar se a empresa tomou medidas razoáveis para garantir que o programa de conformidade e ética da organização seja seguido, incluindo monitoramento e auditoria para detectar conduta criminosa e avaliar periodicamente sua eficácia.

Os promotores devem examinar a abrangência do programa de conformidade, garantindo que não haja apenas uma mensagem clara de que a má conduta não é tolerada, mas também políticas e procedimentos que garantam que o programa de conformidade seja bem integrado às operações e à força de trabalho da empresa.

Também devem examinar até que ponto a alta administração articulou claramente os padrões éticos da empresa, transmitiu e disseminou-os em termos claros e inequívocos e demonstrou adesão rigorosa por meio do exemplo. Os promotores também devem examinar como a média gerência, por sua vez, reforçou esses padrões e incentivou os funcionários a respeitá-los.

Nos Estados Unidos a autoridade pode não exercer o seu poder persecutório por meio de uma *declination*; ou, então deixar de processar a empresa mantendo o direito de propor acusações, através do chamado *non-prosecution agreement* – NPA. Este acordo é realizado anteriormente a denúncia e não é realizado no âmbito judicial. Trata-se de um acordo privado negociado entre o Governo Americano, representado pelo Departamento de Justiça (*DOJ*) e as empresas, no qual o *DOJ* concorda em não processar a empresa se esta admitir a responsabilidade pela conduta.

A empresa, em regra, deverá concordar em assumir esforços de boas práticas de *compliance*. Ao firmar tal acordo, a empresa não é obrigada a se declarar culpada e, em razão disso, arcar com os custos altíssimos das condenações criminais, desde que ela se comprometa a cooperar com o

---

<sup>72</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. The FCPA guide. 2015. Disponível em <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>

Governo e cumprir com todas as exigências estipuladas no acordo para corrigir a violação<sup>73</sup>.

Também há o *deferred prosecution agreement* – *DPA*. Este tipo de acordo é realizado posteriormente a denúncia e antes do julgamento, entre a empresa denunciada e o *DOJ*.

A diferença é que, nesse caso, existe o processo penal, mas ele é diferido por conta do acordo (usualmente por um período de dois a quatro anos). Após o referido período, o *DOJ* dispensa as denúncias. Os chamados *DPAs* são realizados judicialmente.

Os *NPA*s normalmente não resultam em nenhuma acusação contra a empresa e não exigem que a empresa admita a responsabilidade. Por outro lado, os *DPAs* exigem que a empresa admita fatos suficientes para fundamentar uma acusação. Enquanto os *DPAs* são protocolados no tribunal federal com um documento de cobrança e estão sujeitos a aprovação judicial, os *NPA*s são simplesmente acordos por carta entre o *DOJ* e a entidade sujeita ao acordo.

## 2.2 Investigações Internas

No convívio laboral muitas vezes são desenvolvidos códigos que somente quem faz parte do grupo é capaz de entender. Neste sentido, parte importante do programa de *compliance* é a função de corregedoria, que deve atuar investigando e sancionando internamente indivíduos envolvidos em desvios praticados no ambiente corporativo.

É muito mais vantajoso para o Estado repassar a atividade de investigação à própria empresa - conhecedora de seus processos produtivos, de sua organização interna, de sua divisão de tarefas - do que monopolizar a apuração. As empresas, por terem maior contato com seus funcionários e cotidiano empresarial, têm maior facilidade para esclarecer condutas empresariais suspeitas, trazendo economia de custos e de trabalho à polícia judiciária e à promotoria.

---

<sup>73</sup> Em 2018, a Petrobras fechou um acordo modalidade de “*Non-Prosecution Agreement (NPA)*” com as autoridades do *U.S DOJ* e a *SEC*.

No entanto, além da necessidade de estímulos adequados há que se prever parâmetros para as investigações internas, definindo limites para o aproveitamento dos atos por parte do Estado, como forma de evitar “burla de etiquetas” por uso indevido das prerrogativas empresariais:

Convém não perder de vista que a investigação interna pode converter-se em um processo criminal de 'controle remoto' por parte do promotor ou do juiz, em uma porta aberta para 'burla de etiquetas', em que o Estado dispensa as regras estritas do jogo que presidem o processo penal, para tentar investigar, por meio da própria empresa, através de um marco legal mais flexível como é o das investigações internas<sup>74</sup>.

Neste sentido, no Caso Connolly, a Justiça norte-americana decidiu que os constantes contatos do escritório de advocacia contratado pelo Deutsche Bank com o Departamento de Justiça no curso de uma investigação faziam com que esta passasse a ter natureza pública. Como *longa manus* da Procuradoria, os investigadores deveriam observar os direitos dos empregados investigados, como o direito de não se autoincriminar, garantia consagrada na Constituição americana.<sup>75</sup>

Para John Coffee Jr, numa situação em que a investigação de alguma forma se torna atribuível ao Estado qualquer renúncia forçada do privilégio contra a autoincriminação tornará as provas obtidas inadmissíveis, por força da teoria do “*fruit of the poisonous tree*”<sup>76</sup>.

De forma semelhante, Neira Pena afirma que o advogado de *compliance*, ao conduzir uma investigação interna ao mesmo tempo em que negocia com o governo, deve ser considerado um próprio agente estatal e, conseqüentemente, as investigações assim deverão ser tratadas como se ações estatais fossem<sup>77</sup>.

Nieto Martín<sup>78</sup> aponta a existência de um vazio legal acerca dos requisitos ou garantias mínimas de uma investigação interna, que se realizam a partir de

<sup>74</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 231-270, p. 234.

<sup>75</sup> GUEIROS SOUZA, Artur. Direito Penal Empresarial: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 206.

<sup>76</sup> COFFEE JR., John. Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement. Oakland, Berrett-Koheler Publishers, 2020, p. 125.

<sup>77</sup> NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArs, 2015, p.147-163. p.157.

<sup>78</sup> NIETO MARTÍN, A. Compliance programs: una visión panorámica. Revista Científica do CPJM, v. 1, n. 03, p. 1–23, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cnpjm.uerj.br/revista/article/view/58>. Acesso em: 13 jun. 2022. p. 13.

protocolos internos, baseados na autorregulação. Este autor defende que a realização de investigações internas cujo objetivo seja aportar provas ao processo penal deve respeitar garantias similares às do processo justo.

### 2.2.1 Características das investigações internas

Estada y Cuadras e Angli<sup>79</sup> distinguem as investigações internas, segundo cinco critérios: (1) objeto, (2) função, (3) grau de suspeita, (4) sujeito passivo, e, por fim, (5) objetivo.

Quanto ao primeiro critério, o objeto, podem-se diferenciar as investigações internas entre aquelas que tenham por objeto ilícitos penais e aquelas que versem sobre ilícitos extrapenais (tais como infrações de normas de trabalho, matéria de propriedade intelectual etc.). Restam, ainda, as investigações sobre violações contratuais.

Quanto ao critério de função, podem as investigações se dirigir a esclarecer um ato ilícito já cometido ou em cometimento (isto é, olhando-se para o passado ou presente) ou, ao contrário, visar evitar a futura realização de um ato ilícito.

Fala-se, assim, que podem ter uma função esclarecedora (olhando para fatos do passado ou presente) ou uma função “preventiva” (olhando para o futuro).

Em terceiro lugar, diferenciam-se as investigações a partir do grau de suspeita contra aquele a quem se destinem; isto é, pode ou não haver indícios de que um determinado funcionário tenha cometido um ato ilícito.

Com relação ao sujeito passivo, há que se falar em três possíveis tipos de “suspeitos”, quais sejam:

- 1.funcionários que tenham cometido infração contra a empresa;
- 2.funcionários que tenham cometido infrações contra outros colegas de trabalho (seria o caso, por exemplo, de furto, assédio moral, assédio sexual, etc.);

---

<sup>79</sup> ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228.



3. funcionários que tenham cometido infração *por meio* da empresa.

Por fim, em quinto lugar, também há que ser analisado o objetivo a que se propõe a investigação interna, ou seja, quais seriam as consequências jurídicas dos resultados com ela obtidos, uma vez que podem gerar consequências nos mais diversos âmbitos, tais como o civil, o trabalhista ou — ao que mais nos interessa — na área penal.

### 2.2.2 O marco legal das investigações internas

As investigações internas são fundamentais para a revelação de condutas ilícitas e, eventualmente, das identidades dos indivíduos infratores. A falta de uma disciplina legal clara dificulta o controle jurisdicional. Assim, as garantias individuais contra eventuais excessos e abusos acabam por se verificar casuisticamente.

A autonomia privada implica numa maior flexibilidade do regramento das investigações corporativas, que encontram fundamento nas prerrogativas derivadas do poder diretivo, uma prerrogativa do empregador, que tem por fundamento legal o art. 2º, caput, da CLT, associada à subordinação que é uma característica do vínculo empregatício.

Tal poder pode ser dividido em três facetas:

1. poder de organização – normas de caráter técnico, assim como qualquer norma que verse sobre convivência entre os empregados;
2. poder de controle – possibilidade de fiscalizar o trabalho executado pelo empregado, estendendo-se ao seu comportamento;
3. poder disciplinar – permissão para que o empregador aplique penalidade aos empregados, quando verificada determinada irregularidade.

Não obstante o marco legal das investigações internas seja o Direito do Trabalho, estas, de certa maneira, podem representar uma privatização do processo penal. Nestes casos, para que as provas obtidas na apuração interna possam ter

validade no processo penal, a apuração deve respeitar os mesmos limites aplicáveis ao devido processo penal<sup>80</sup>.

Não existe norma que regulamente o desenvolvimento das investigações internas. Na falta de uma regulamentação, cabe a cada empresa prever o rito de tais procedimentos. Cabe regulamentar, por exemplo, a análise de dados digitais, de livros de contabilidade, de correspondências, contratos e outros documentos.

Em relação à abertura do procedimento, é preciso que haja um grau de suspeita mínimo. Não pode ser originado numa “caça às bruxas” ou numa “pescaria probatória” (“*fishing expedition*”). Neste sentido, a investigação não se confunde com as auditorias internas. Não obstante, as auditorias podem resultar em elementos a ensejar a instauração de investigação interna.

Instaurada a investigação, a equipe designada para a tarefa costuma elaborar um plano de investigação. Os órgãos de direção empresarial, ao avaliar o plano de investigação, devem examinar a proporcionalidade dos meios propostos.

Importante para quem atue num desses procedimentos é ter uma definição clara do seu papel e de seus limites, sendo recomendável que haja um mandato outorgado pela instância competente da corporação.

Há que se avaliar, diante das circunstâncias do caso, a conveniência de contratação de advogados externos, que terão independência em relação à estrutura de poder da empresa.

Steven M. Kowal<sup>81</sup> sustenta que o modelo *in house counsel*, ainda que possa trazer algumas vantagens em função da maior facilidade de acesso a determinados dados e pessoas, pode ser fortemente criticado por ser conduzido pela comissão interna da empresa, principalmente diante dos questionamentos de falta de isenção que ela possa ter. Um advogado interno conduzindo as investigações, segundo o autor, teria dificuldades em fazer “perguntas difíceis”, quiçá formular “juízos de censura” aos dirigentes ou membros das altas esferas da corporação.

É importante assegurar a independência da apuração de pressões internas:

---

<sup>80</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.

<sup>81</sup> KOWAL, Steven Martin. FDA criminal enforcement: How to prevent and defend against liability, Washington-DC, Washington Legal Foundation, 1992.

Quando se pensa em como controlar os administradores ou os postos mais elevados de direção com o fim de que não cometam infrações, resulta imprescindível contar com um órgão independente do poder empresarial, de outro modo, o controle sobre a cúpula da empresa não resultará crível<sup>82</sup>.

Nesse sentido, a competência para a realização das apurações internas deve ser, em princípio, atribuída a um *Chief Compliance Officer*, que se constitui em um *gatekeeper* interno da companhia. Como descrito por Coimbra e Manzi<sup>83</sup>, este seria uma espécie de promotor da integridade na organização, participando da estruturação, supervisionando canais de denúncia, acompanhando as investigações, isto é, sendo o responsável primeiro pela gestão dos programas de *compliance*<sup>84</sup>.

Outro ponto importante que deve ser avaliado diz respeito ao grau de publicidade dos procedimentos investigativos. A preservação da efetividade da investigação corporativa deve passar pelo questionamento sobre quem deve tomar conhecimento (o princípio do “*need to know*”).

A empresa deve avaliar se e como os elementos de informação colhidos devem ser divulgados. Em geral, no curso de um procedimento interno de investigação faz-se mister o máximo de reserva. Algumas informações podem dizer respeito a segredos industriais ou mesmo derivados do dever de sigilo entre determinados funcionários, outras podem culminar em danos reputacionais graves caso venham a ser amplamente divulgados.

Por outro lado, dar publicidade ao procedimento, tornando-o conhecido de todos os empregados e contratantes, pode dotar a investigação de maior confiança.

Muitas investigações são instauradas para fins estritamente internos da pessoa jurídica, tais como análises de riscos, visando, ou não, apenas a aplicação de sanções sem repercussões na esfera penal. Porém, é possível que ocorram em paralelo à investigação ou ao processo público, visando a arrecadar elementos e informações dirigidas à colaboração com os órgãos da persecução, ou simplesmente para contribuir com a construção das estratégias da pessoa jurídica, a

---

<sup>82</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In KUHLLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons: Madrid, 2013. P. 24.

<sup>83</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010. p.47.

<sup>84</sup> GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do compliance officer: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2018.

serem adotadas nos processos judiciais, administrativos, ou mesmo em ações cíveis.

Assim, quando falamos em investigações internas englobamos as chamadas investigações defensivas no âmbito corporativo, que visam à arrecadação de elementos que possam auxiliar na corroboração das alegações arguidas pela defesa, seja na fase pré-processual ou processual. A investigação defensiva se presta a contrapor o poder investigatório dos acusadores, permitindo à defesa que se utilize de elementos próprios para resistir à pretensão acusatória.

Nelas não se vê uma delegação de funções do Estado ao particular. As investigações defensivas estão mais vinculadas ao direito de defesa em si, como forma de exercício da ampla defesa na resistência à pretensão acusatória.

Já as investigações internas propriamente ditas estão mais afinadas às imposições de cumprimento normativo e prevenção de condutas criminosas em contextos de autorregulação regulada, mesmo que para tal devam entregar informações capazes de incriminar os investigados na esfera do processo penal.

De todo modo, assim como a Resolução n. 181, de 2017, do Conselho Nacional no Ministério Público (CNMP)<sup>85</sup> pode inspirar a regulamentação dos procedimentos de investigação corporativa - a forma de gravação das oitivas, a forma de documentação das diligências, os instrumentos de notificação e requisição de provas, bem como a forma de acesso dos defensores aos autos da investigação - cumpre também observar o Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)<sup>86</sup>. O fundamental é que os procedimentos sejam ordenados por meios metodologicamente verificáveis.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n. 1.588/2020<sup>87</sup> que propõe alterar a Lei n. 12.846/2013. Referido PL teve origem no Senado Federal (como Projeto de Lei do Senado n. 435/2016), por iniciativa do Senador Antônio Anastasia. No âmbito dessa proposta o § 1º do art. 24-A introduz a seguinte norma:

---

<sup>85</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 181/2017. Dispõe sobre a instauração do processo investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>.

<sup>86</sup> OAB. Provimento Nº 188/2018: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>.

<sup>87</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br>>

“A pessoa jurídica deverá comprovar a prática do ato lesivo em processo interno de apuração que assegure a ampla defesa e o contraditório”.

É de se questionar se o direito a não autoincriminação e o direito à defesa técnica também devem ser respeitados. Entendemos que a violação de direitos fundamentais nas medidas investigativas impede que o material probatório possa ser utilizado posteriormente no processo penal, por força da teoria do fruto da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*).

Nieto Martín sustenta que é recomendável que as empresas adotem um Código de Investigações Internas, visto que o estabelecimento prévio de normas internas conhecidas por todos na empresa e aprovadas pela direção podem servir como um mecanismo de legitimar as investigações, as quais podem vir a afetar direitos fundamentais de suspeitos e gerar consequências negativas como a imposição de sanções<sup>88</sup>.

### 2.3 Etapas das Investigações Internas

Embora não haja nenhuma imposição legal de um roteiro para as investigações internas, quatro fases são reconhecidamente importantes: 1) a recepção das denúncias (com a proteção do anonimato dos denunciantes que assim o desejarem), sua classificação e triagem (fase preliminar); 2) abertura da investigação; 3) a apuração interna propriamente dita (consubstanciação e exploração das provas a que a empresa pode ter acesso); 4) comunicação dos resultados e consequências.

#### 2.3.1 O canal de denúncias

Em geral, uma investigação interna é iniciada porque a empresa toma conhecimento da suposta prática de um ato irregular. Uma das principais fontes

---

<sup>88</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 295-296.

dessa suspeita, se não a principal, é o canal de denúncias. Outras podem ser reportes de clientes, demandas cíveis ou penais ou notícias na imprensa.

A existência de um canal de denúncias na empresa promove a necessidade de um procedimento de investigações, para que os comportamentos denunciados sejam apurados<sup>89</sup>.

O Canal de Denúncias, com um filtro inicial, deve classificar as denúncias conforme:

1. as pessoas supostamente envolvidas na prática do crime: fornecedores, clientes, funcionários, gestores;
2. as vítimas: a empresa, funcionários, clientes, o Estado;
3. as necessidades de proteção ao sigilo da identidade dos denunciantes;
4. a confiabilidade do denunciante e das informações por ele trazidas;
5. a possibilidade de resolução prevista: descarte por inverossimilhança, imediata comunicação à Polícia, investigação interna, comunicação ao departamento jurídico para avaliação de estratégias de defesa da empresa.

Antes que a investigação seja instaurada deve-se verificar, em uma fase preliminar, a verossimilhança da suspeita. Isso porque o só fato de ser investigado já pode representar, de alguma maneira, uma repercussão no *status* de dignidade do empregado investigado, que pode, por exemplo, ter sido denunciado por má fé, especialmente no caso de denúncia anônima.

Caso as diligências preliminares confirmem verossimilhança aos fatos denunciados, não há que se falar em vício de origem da investigação interna, permitindo-se, em princípio, que se possa utilizá-la como informação válida no processo penal.

É necessário que a investigação interna não seja fruto de perseguições ou denúncias infundadas. Sem isso, a investigação padece de vício de origem e não pode ser aproveitada no processo penal. Ademais, a mera comunicação de um fato através de canal de denúncia, sem maiores elementos, não pode servir de substrato à abertura de uma investigação.

---

<sup>89</sup> PEREIRA, Isabelle Dianne Gibson. Compliance, internal investigations e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas. Revista Científica do CPJM, v. 1, n. 02, p. 170–187, 2022. p. 187. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/39>. Acesso em: 13 jun 2022.

A competência para abertura de uma investigação é dos administradores, mas pode ser delegada, tanto quanto o próprio dever de vigilância, recaindo no departamento de *compliance*.

### 2.3.2 A proteção dos denunciantes

Tal como ocorre com o inquérito policial, que poderá ser instaurado após o recebimento de delação anônima desde que se adotem medidas destinadas a apurar, previamente, com prudência e discrição, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude disciplinar e/ou penal, se a investigação corporativa for originada em canais de denúncia, há que preservar o anonimato do denunciante (*whistleblower*) sem que se fale em afronta à Constituição e ao Código de Processo Penal.

Conforme ensina Nuno Brandão, “*whistleblowing* é o termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a atividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo”<sup>90</sup>.

Qualquer membro (ou ex-membro) de determinada empresa ou organização pode ser um *whistleblower* se, em função da sua condição de *insider*, tenha conhecimento de informações privilegiadas ou tenha testemunhado ações ou omissões ilegais, e decida reportá-las (“*blow the whistle*” ou “soprar o apito”). Importante destacar que alguns profissionais devem respeitar restrições legais, éticas ou fiduciárias que tornam controversa a possibilidade de atuarem como informantes e clamarem recompensas.

De acordo com o estabelecido pelo G20 *Anticorruption Action Plan*, *whistleblowing* representaria “o relato de empregados ou ex-empregados de práticas ilegais, ilícitas, perigosas ou antiéticas de seus empregadores”<sup>91</sup>.

Ragués i Vallès<sup>92</sup> aponta o que considera as três grandes estratégias do Estado para incentivar tais revelações: 1) reforçar os deveres de denúncia e as

---

<sup>90</sup> BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 41, n. 161, jan./mar. 2020, p. 99-113. p. 99.

<sup>91</sup> OECD. G20 Anti-Corruption Action Plan: protection of whistleblowers. p.7. Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

sanções em caso de descumprimento do programa de *compliance*, inclusive ampliando o “raio de ação” dos delitos de omissão; 2) recompensa – ao contrário da anterior, oferece-se recompensa àquele que colaborar; 3) proteção contra possíveis represálias, que podem ocorrer inclusive no próprio âmbito corporativo.

Neste sentido, em 1989, os Estados Unidos promulgaram a lei federal de *Whistleblower Protection Act* – WPA, prevendo proibições de retaliações contra os *whistleblowers* e criando um órgão próprio, denominado *Office of Special Council* – OSC, com a atribuição de representar o *whistleblower* contra as retaliações. O *Whistleblower Protection Enhancement Act* - WPEA, de 2012, foi uma atualização dessa norma.

Por intermédio da reforma do mercado financeiro advinda do *Dodd-Frank Act*, a *Securities and Exchange Commission* (SEC) — equivalente da CVM — implementou um departamento específico apenas para receber, apurar e avaliar a relevância de dicas fornecidas por *whistleblowers* (as recompensas para os *whistleblowers* elegíveis seriam fixadas entre 10% e 30% das penalidades financeiras pagas em processos conduzidos pela SEC).

A União Europeia lançou em abril de 2018 uma proposta para a criação de uma Diretriz para uniformizar as regras de proteção ao denunciante (*whistleblower*) e sinalizar a devida proteção que lhe deve ser dada ao denunciar uma irregularidade cometida por uma empresa. Em seguida, o Parlamento Europeu, seguido pelo Conselho da União Europeia, adotou a Diretriz 1937/2019.

Recebida a denúncia, a empresa deve confirmar o recebimento da mesma ao denunciante, se identificado, no prazo de sete dias.

É também um direito do denunciante, receber, dentro de três meses, informação sobre o status da investigação interna e os seus resultados, independente de ele ser um funcionário da empresa ou não. A autoridade também deve ser paralelamente informada, por via de canais estabelecidos para tal fim.

Embora o denunciante seja encorajado a fazer primeiramente a denúncia internamente à sua empresa ou mesmo à autoridade competente, ele poderá denunciar publicamente a situação e gozar da proteção conferida pela Diretriz incorporada à legislação local, caso nenhuma providência seja tomada.

---

<sup>92</sup> RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. (2006) ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *InDret*, 3, p.1-19. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 8/7/2018.



Toda a investigação deve possuir as medidas de segurança e controle de acesso adequadas, não apenas para a defesa dos dados pessoais envolvidos, mas para garantir a preservação de eventuais provas que possam ser utilizadas posteriormente, se necessário.

Desde 23 de janeiro de 2020 o Brasil possui previsão legal para a proteção e concessão de recompensas a denunciante, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 — que acrescentou os artigos 4º-A a 4º-C à Lei nº 13.608/2018, criando a figura do informante. Ele deverá ter preservada a sua identidade, exceto em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. Terá direito a 5% do valor recuperado e seu depoimento, isolado, não poderá servir para condenação se for mantido em sigilo.

Um *nudge* para estimular a comunicação tempestiva de possíveis irregularidades seria a disponibilização pelas Polícias Judiciárias de formulários para a colaboração de informantes, assim como a criação de um sistema nacional de recebimento de alertas sobre suspeitas de crimes econômicos.

Os alertas seriam encaminhados às empresas envolvidas e as empresas informariam as providências adotadas.

### 2.3.3. A proteção dos direitos dos investigados

Conforme defendido por Nieto Martin<sup>93</sup>, em um modelo de compliance baseado na promoção de valores éticos o funcionário investigado deve ter direito a: 1) ser informado com absoluta clareza sobre os fatos imputados, 2) ver as provas produzidas contra si; 3) produzir provas a seu favor e fazer alegações; 4) contar com advogado próprio durante eventual entrevista e, ainda; 5) não produzir prova contra si mesmo.

Há uma oposição entre a transparência e segurança do processo e a sua necessária confidencialidade a fim de proteger a reputação dos empregados envolvidos.

---

<sup>93</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán. CORDERO, Isidoro Blanco; GALANA, Beatriz Garcia de la; PEREZ, Patricia Fernandes; SANCHEZ, Juan Antonio Lascurain, Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, 231-270. p. 320.

Deveres de fidelidade do empregado não podem levá-lo a produzir prova contra si mesmo: “os deveres de colaboração subsistentes em ramos de direito exteriores ao processo penal não podem projetar-se sobre o processo penal em provas auto-incriminatórias”<sup>94</sup>.

Afirmam Nieto Martin e Blumenberg:

É lícito e admissível que a administração imponha coercivamente obrigações de fornecer documentos quando a informação for utilizada para melhorar a eficácia da atividade de fiscalização destinada a salvaguardar um fim público. O que não é admissível, porém, é que essas informações sejam posteriormente utilizadas em processos penais.<sup>95</sup>

A investigação no âmbito da empresa não é necessariamente ilegítima ou ameaçadora dos direitos fundamentais, desde que não ultrapasse os legítimos limites para a obtenção da informação e respeite a privacidade e sigilo das comunicações dos empregados, assim como de quaisquer outros cidadãos<sup>96</sup>.

Para que não se tenha uma restrição desproporcional<sup>97</sup> aos direitos fundamentais, deverá a investigação passar pelos exames dos sub-elementos da proporcionalidade, ou seja, os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1. Adequação: será o meio qualitativamente adequado quando, no caso concreto, for idôneo para alcançar o fim previsto; será quantitativamente adequado quando respeitar a duração e a intensidade necessária para alcançar o seu objetivo; por fim, será o meio adequado a seu âmbito subjetivo de aplicação, quando houver a individualização dos sujeitos passivos. Ou seja, não se podem aplicar restrições a direitos fundamentais de um conjunto indeterminado de cidadãos.

<sup>94</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 144º, nº 3.989, novembro-dezembro, 2014. pp. 121-157. p. 153.

<sup>95</sup> NIETO MARTÍN, Adán; BLUMENBERG, Axel. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo. In: AAVV. Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico: Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores. Madrid: Editora Universidad Rey Juan Carlos, 2009. 281- 303. p.288.

<sup>96</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert; ANGLÍ, Mariona Llobet. Derechos de los trabajadores y deberes empresario. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 220-221.

<sup>97</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, S. I, v.91, n.798, 2002, p. 23-50, p.24. No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. Revista brasileira de direito processual penal, s.l., v. 4, n. 1, 2018, pp.435-472, p.457.

2.Necessidade: tem-se por necessária a medida que, “dentre todas as disponíveis e *igualmente eficazes* para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos”<sup>98</sup>; este é, portanto, um exame imprescindivelmente comparativo. Há que se verificar qual o direito fundamental que está sendo restringido para que, na sequência, se questione sobre a possibilidade ou existência de medidas alternativas que, da mesma forma, seriam capazes de atingir a sua finalidade, mas que restringiriam em menor escala o direito fundamental em questão.

3.Proporcionalidade estrita: Virgílio Afonso da Silva afirma que para uma medida ser considerada desproporcional em sentido estrito, bastaria “que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”<sup>99</sup>.

Exemplos da presença das proteções dos direitos individuais em um código para regulamentar as investigações internas, são citadas por Antunes<sup>100</sup> no PAR do Banco do Brasil. Para apurar a prática de ato lesivo qualificável como corrupção, capitulado no art.5º da Lei 12.846/2013, por uma pessoa jurídica contra o Banco do Brasil, pode ser instaurado previamente ao PAR, um Processo de Investigação Preliminar, para apuração inicial de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos praticados pela pessoa jurídica contra o patrimônio do Banco.

Caso seja verificado, no decorrer de Processo Administrativo ou de Controle Disciplinar, que há indícios de infração à Lei 12.846/2013, será instaurado o Processo de Investigação Preliminar e o PAR. Quando aí se constate que um funcionário ou terceiro, agindo em nome ou benefício do Banco, praticou ato lesivo à administração pública, brasileira ou estrangeira, é que se delibera sobre as instâncias ou autoridades para as quais os resultados das apurações deverão ser reportados<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, 215, 1999, pp.151-179, p.172.

<sup>99</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, S. I, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002. p.41.

<sup>100</sup> ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, nº 1, 2018, 119-127.

<sup>101</sup> BANCO DO BRASIL. Programa de Integridade do Banco do Brasil. p.70. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/integridadebb.pdf>>.

## 2.4 Diligências em Investigações Internas

Diligências comuns em investigações internas são as entrevistas, o monitoramento e a devassa de comunicações e dados.

### 2.4.1 Entrevistas

As entrevistas tendem a ser adotadas apenas em um segundo momento, como forma de esclarecer dúvidas ou corroborar hipóteses construídas a partir de outras fontes de dados. Isso permite, em especial, evitar dar publicidade antecipada à investigação.

Nieto Martín<sup>102</sup> afirma que as entrevistas, ferramentas essenciais na maioria das investigações internas, apresentam problemas jurídicos notórios e que a obrigação de informar do empregado decorrente das obrigações trabalhistas deve ser ponderada em relação ao prejuízo que as declarações possam lhe ocasionar. O autor defende também um pressuposto básico de um procedimento justo é que os empregados sejam informados sobre quais são as finalidades da investigação, para que eles possam avaliar seu grau de envolvimento na investigação e quais serão suas respostas.

Quando da realização de entrevistas, quem conduz os trabalhos deve informar a natureza do procedimento e o papel que desempenha nessa condução, tendo em conta os interesses da empresa. O advogado encarregado da entrevista deverá deixar claro que representa, naquele ato, os interesses da empresa e não os do empregado.

Admite-se, em tese, a possibilidade de que advogados da empresa atuem como investigadores/entrevistadores, ao mesmo tempo em que outros advogados internos sejam escolhidos como advogados dos empregados, podendo, inclusive,

---

<sup>102</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 297.

acompanhar as entrevistas. Neste caso é fundamental a implantação de uma barreira informacional (a chamada *Chinese Wall*) capaz de garantir que o advogado de defesa não compartilhe informações com os investigadores, o que, ademais, decorre da ética da advocacia.

No caso *Upjohn Company vs. United States*<sup>103</sup>, estabeleceu-se um conjunto de instruções e avisos que devem ser transmitidos durante as entrevistas para proteger o privilégio da relação advogado-cliente nos Estados Unidos.

Destaca-se a importância do chamado *Upjohn Warning* ou “Miranda corporativo”<sup>104</sup>, pelo qual se confere transparência para com os envolvidos em relação às finalidades da entrevista, garantindo-se que o entrevistado tenha ciência de que os advogados ou investigadores responsáveis pela coleta de seu depoimento não estão ali em seu favor e sim em favor da empresa, não havendo, necessariamente, liame entre a estratégia de defesa da empresa e a que representa a melhor opção para o entrevistado.

Para conferir ainda maior clareza, podem-se distinguir as entrevistas dos interrogatórios, sendo estes realizados quando o empregado interrogado for o “alvo” das investigações. Evidentemente, porém, poderá ocorrer de uma entrevista ser realizada com alguém contra quem não haja maiores suspeitas e, após, concluir-se por sua responsabilidade.

Nos casos em que houver suspeita concreta, no entanto, deve haver um aviso prévio ao trabalhador, explicando os direitos que ele possui. Dentre o rol de direitos, está a faculdade da presença de um advogado da sua confiança, como estabelece o inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da OAB. É preciso, também, que se observe na entrevista o direito a não autoincriminação, entendida aqui de modo amplo.

Uma entrevista realizada no âmbito da investigação interna somente poderá ser aproveitada para fins penais se tiver sido dada ciência ao entrevistado do seu

---

<sup>103</sup> UNITED STATES SUPREME COURT (1981) *Upjohn Co. vs. United States*, 449 U.S. 383 Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>>

<sup>104</sup> O chamado *Upjohn Warning* assemelha-se a uma leitura de “Miranda”, expressão oriunda do famoso precedente *Miranda x Arizona*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1966. O caso, em síntese, trata da prisão de Ernesto Miranda pela polícia de Phoenix, Arizona, em que permaneceu sob a custódia policial por horas e, ao final, após longo interrogatório, assinou um termo de confissão que o apontava como autor de um estupro em que a vítima o tinha reconhecido. A sua confissão posteriormente foi questionada em Juízo, haja vista que o réu não havia sido informado de seus direitos, seja o de silenciar, seja o de ser acompanhado por um advogado.

direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e de ser acompanhado por advogado.

Uma questão que se coloca é quanto à possibilidade de convocação para entrevistas “surpresa”, ou seja, sem prévio agendamento. Neste sentido vale lembrar o acórdão da decisão proferida nas ADPF 395 e 444, publicado em 22/05/2019. Nessas ações se questionava a constitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório.

Por seis votos a cinco prevaleceu o entendimento de que a Constituição Cidadã de 1988 não recepcionou a parte do art. 260 do CPP que autoriza a utilização da condução coercitiva “para interrogatório”.

Compreendeu-se, assim, que o acusado (suspeito/indiciado/réu) não está obrigado a comparecer ao seu interrogatório, ainda que tenha sido devidamente intimado para o ato, uma vez que a autodefesa é renunciável no processo penal, haja vista o direito ao silêncio do acusado<sup>105</sup>.

O ministro Gilmar Mendes deixou claro em seu voto que a condução coercitiva pode ser utilizada em outros contextos:

---

<sup>105</sup> 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação.

5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana.

6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve.

7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado.

8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado.

9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.

10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.

*Busca-se o reconhecimento de que investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados.*

*Há outras hipóteses de condução coercitiva que não são objeto desta ação – a condução de outras pessoas como testemunhas, ou de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento, por exemplo.*

O entendimento que prevaleceu foi no sentido de que a utilização de força pública para obrigar o indivíduo a ser interrogado perante autoridade policial ou judicial representa, na verdade, uma potencial violação ao postulado da presunção de inocência, na medida em que objetifica o indivíduo e restringe sua liberdade, antes de formada a sua culpa.

Assim, o acusado não está obrigado a comparecer a qualquer ato processual ou de investigação, salvo quando lhe for imposta a medida cautelar de comparecimento como condição para liberdade provisória (art. 310, § 1º, CPP).

Na relação empregatícia, porém, seria possível o estabelecimento da obrigação de depor sem intimação prévia, retirando-se o empregado de suas funções e conduzindo-o ao interrogatório (ou entrevista)?

Seria possível, por exemplo, que todos os empregados de um determinado setor da empresa fossem interrogados simultaneamente, em salas separadas, para que não tivessem a oportunidade de combinar versões?

Embora haja, sim, o dever de informar por parte do empregado, esse dever cede espaço às prerrogativas do *nemo tenetur se detegere* quando possam culminar em prejuízos de índole penal. Caso a investigação não tenha como fim a colaboração com as autoridades públicas, esse direito não é oponível.

Assim, a negativa do empregado em se submeter a entrevista pode resultar na perda da confiança, justificando-se o estabelecimento da regra “*talk or walk*” nas políticas internas da empresa.

Admite-se, em tese, que a empresa adote a prática de realizar entrevistas “surpresa” mesmo em investigações que visem a colaboração com as autoridades relacionada ao esclarecimento de ilícitos penais. Porém, nestes casos, caberá a cada empregado optar pelo direito ao silêncio e pela exigência de acompanhamento do seu depoimento por advogado de sua confiança, podendo recusar a indicação de advogado da empresa.

O direito norte-americano, e de forma semelhante à Regra 74 do Tribunal Penal Internacional, admite que uma testemunha que invoque o direito a não produção de provas auto-incriminatórias seja compelida a depor, garantindo-se-lhe, apenas a proteção contra o uso subsequente das provas incriminadoras.

Nos EUA, a seção 6002 do *Organized Crime Control Act* prevê que o Promotor Público pode requerer ao Juízo que expeça uma ordem para que o imputado seja obrigado a depor, com a garantia de imunidade de uso.

O fundamento é o precedente do caso *Kastigar et al. vs United States*<sup>106</sup>: “Nossas leis de imunidade a testemunhas refletem a importância da prova testemunhal e o fato de que muitos crimes são do tipo de que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas neles implicadas”.

A 13ª seção da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá estatui: "Uma testemunha que depõe em qualquer procedimento tem o direito de não ter qualquer prova incriminadora assim fornecida usada para incriminá-la em outro procedimento, exceto em processo por perjúrio ou por fornecer prova contraditória".

O entendimento de Figueiredo Dias e Costa Andrade é no sentido de que, dada a sua fundamentação constitucional e a fim de se evitarem dúvidas sobre a constitucionalidade de restrições ao *nemo tenetur*, a relativização deve obedecer dois pressupostos: existência de lei prévia e expressa no sentido desta relativização e obediência ao princípio da proporcionalidade no caso concreto<sup>107</sup>.

O dever de informação imposto aos trabalhadores e colaboradores permite que se questione ao empregado tudo o que tenha relação com a atividade laboral, o que poderia incluir eventual informação prejudicial aos interesses individuais do trabalhador. No entanto, no caso de um interrogatório voltado a arrecadar informações na apuração de um ato irregular específico supostamente cometido pelo interrogado, é preciso que a garantia de não autoincriminação esteja assegurada, sem riscos de punição ao entrevistado, inclusive na esfera laboral, se optar pelo silêncio.

---

<sup>106</sup> UNITED STATES SUPREME COURT (1972) *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441. Disponível em: <[supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/)>

<sup>107</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova. Coimbra: Almedina, 2009.



Destaque-se aqui que o direito a não autoincriminação não pode ser renunciado no contrato de trabalho. Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais têm eficácia em esferas privadas<sup>108</sup>, especialmente quando se está diante de relações privadas de notória desigualdade, como é o caso da relação trabalhista.

Não se admite o uso de polígrafo, conhecido popularmente como detector de mentiras, em tais entrevistas.

O polígrafo consiste em um aparelho que analisa as reações fisiológicas, como alterações dos batimentos cardíacos ou do ritmo da respiração, de um sujeito ligado a sensores enquanto questionado. Ocorre que a jurisprudência rechaça a sua utilização como meio de prova no processo penal.

Para evitar que o empregado opte pelo silêncio, algumas empresas estabelecem programas de anistia interna, oferecendo aos empregados, em troca de suas declarações, a promessa de não aplicar em seu desfavor nenhuma sanção disciplinar, preservando a continuidade da prestação laboral, ou responsabilizar-se pela manutenção de salários e benefícios por certo tempo.

Contudo, caso os fatos tenham repercussão penal, ainda assim é pouco provável que o empregado abra mão do seu direito ao silêncio, já que a anistia interna pode afastar o risco de uma ação civil de reparação de danos ou de uma ação penal de iniciativa privada, mas a empresa não tem ingerência em relação a ações penais de natureza pública. Para tanto, o ideal seria a inclusão do denunciante na atividade colaborativa da empresa, como aderentes a eventual acordo de leniência, conforme se discutirá no capítulo seguinte.

#### 2.4.2 Monitoramento e devassa de comunicações e dados

O artigo 5º, inciso X da Constituição prevê a proteção à privacidade e à intimidade de forma expressa, no rol de direitos e garantias fundamentais.

Embora na investigação pública seja possível, em determinadas hipóteses a relativização do direito à privacidade, como se dá no caso das interceptações

---

<sup>108</sup> No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação em qualquer relação jurídica, mesmo que privada. Vide AgRg no ARE 1.008.25, rel. min. Luiz Fux, DJe 19/4/2017.

telefônicas, conforme a Lei n. 9.296/1996, ou quebras de sigilo bancário e fiscal, a regra é o respeito à vida privada do cidadão, impondo-se diversos requisitos que limitam a utilização desses meios de prova.

A proteção à privacidade e à intimidade, como regra, também se dá em relações particulares, nas quais o Estado não esteja presente, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, é mister que também na relação trabalhista sejam preservadas o quanto possível as expectativas de privacidade dos indivíduos diante de ações mais invasivas. Como leciona Eugênio Hainzenreder Júnior<sup>109</sup>:

Será possível dirimir eventuais conflitos decorrentes do direito à intimidade do empregado e do poder diretivo do empregador, avaliando-se, no caso concreto, a legalidade do monitoramento diante da existência ou não de uma razoável expectativa de privacidade pelo empregado.

Montiel<sup>110</sup> aponta três cenários em relação às expectativas de privacidade do trabalhador diante do poder de controle da empresa.

Em primeiro lugar, têm-se os casos em que não há nenhuma expectativa de privacidade por parte do empregado. Ou seja, a empresa poderá, a qualquer tempo e sem notificação prévia, intervir e colher informação sem que se possa enxergar nisso uma violação aos direitos de personalidade do funcionário. Por exemplo, imagens de ambientes públicos da empresa (corredores, hall etc.) ou o acesso a informações do empregado armazenadas em ambientes de acesso livre.

Por outro lado, há casos em que a expectativa de privacidade do empregado beira ao grau absoluto, tais como naquelas situações em que a empresa disponibiliza ambientes dirigidos especificamente para o armazenamento de bens de índole pessoal, como são os armários e gavetas, ou para atividades mais íntimas, como banheiros e vestiários.

Há, contudo, as situações intermediárias, nas quais, inicialmente, o trabalhador detém maiores expectativas de privacidade, mas isso pode mudar sob determinadas condições.

---

<sup>109</sup> HAINZENREDER Jr., Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Atlas 2009.

<sup>110</sup> MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.221.

A questão se assemelha à do conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade. É que, conforme a jurisprudência, o que é reservado à vida privada de um cidadão desconhecido pode ser de interesse da sociedade se a pessoa é pública, tal como um agente político.

Os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*). Mas, nunca de forma absoluta.

E tal expectativa será menor conforme eles sejam cientificados sobre as possibilidades de serem alvo de monitoramentos e quebras de sigilo.

É o caso de e-mails corporativos e outras ferramentas de comunicação, quando uma política interna estabelece a possibilidade de monitoramento. O e-mail corporativo é considerado uma ferramenta de trabalho de propriedade do empregador e seu uso indevido pode, por exemplo, expor a imagem da empresa. Tem se consolidado o entendimento de que, se os dispositivos são de propriedade da empresa, ela poderá ter acesso a todo o seu conteúdo no âmbito de suas investigações internas, desde que os empregados tenham ciência dessa possibilidade (seja via cláusula no contrato de trabalho, termo ou Política).

O STJ confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que condenou um casal com base nas conversas encontradas no servidor da empresa sobre desvio de valores. No caso, a empresa acessou o e-mail funcional de um funcionário suspeito da prática de crimes contra a pessoa jurídica. Os réus alegaram nulidade absoluta e cerceamento de defesa, em razão da utilização de provas ilícitas, obtidas sem autorização judicial. O STJ estabeleceu:

[...] como o arquivo de registro das mensagens encontrava-se em computador utilizado como ferramenta de trabalho e de propriedade da empresa, perfeitamente possível que o empregador tivesse acesso ao conteúdo de todas as informações existentes no equipamento, sem que fosse necessária autorização judicial. [...]

Nesse contexto, declarou o Tribunal:

O e-mail corporativo, por se tratar de uma ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador, não se equipara às correspondências pessoais, não havendo falar em violação à intimidade do recorrente quando o empregador acessa arquivo de mensagens que se encontrava em computador utilizado como ferramenta de trabalho e de propriedade da empresa<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> BRASIL - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.875.319 - PR 2020/0117825-7, 6.ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, 15.09.2020, DJe 23.09.2020. Disponível em

Se o Skype ou o WhatsApp é utilizado em equipamento de propriedade da empresa e se esse aplicativo serve para o exercício da função do empregado, o entendimento pacífico na jurisprudência é que a empresa pode acessar as comunicações (a possibilidade de monitoramento/investigação deverá ser comunicada aos empregados, como já mencionado, o que vem sendo feito por meio de políticas destinadas a regular o uso de ferramentas eletrônicas).

Em julgamento de recurso que discutia a demissão por justa causa de colaborador que se utilizava do Skype — enquanto ferramenta de trabalho — para assuntos pessoais e para depreciar seus colegas e superiores, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região entendeu que

[...] Apesar de o skype se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabalho, equipara-se à ferramenta corporativa. Portanto, não ofende o direito à intimidade, tampouco viola o sigilo da correspondência, o acesso pelo empregador ao conteúdo das mensagens trocadas pelos seus empregados em computadores da empresa, durante o expediente de trabalho, mormente quando cientificados os trabalhadores dessa possibilidade. [...] <sup>112</sup>

Nesse caso, constava expressamente em política interna da empresa que as ferramentas de comunicação deveriam ser usadas para fins estritamente profissionais. A política interna também dispunha que o e-mail e o computador postos à disposição do empregado seriam passíveis de inspeção periódica e rastreamento.

Temos, portanto, que somente se mostra viável e válida a devassa de informações tão sensíveis como são as conversas feitas por correio eletrônico e aplicativos de mensagens se precedidas de regulamentação legal, acordo coletivo ou outra forma de regramento que permita ao empregado saber em que extensão sua privacidade será protegida.

Os direitos e obrigações dos funcionários devem ser definidos claramente, com regras transparentes sobre como a Internet pode ser usada, como o monitoramento é realizado, como os dados são protegidos, usados e destruídos, e quem tem acesso a eles. Havendo informação prévia ou estipulação de políticas de

---

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101122873/recurso-especial-resp-1875319-pr-2020-0117825-7/inteiro-teor-1101122884>. Acesso em 13/6/2022.

<sup>112</sup> BRASIL - TRT-12, RO 0000702-38.2014.5.12.0052 SC., rel. Gisele Pereira Alexandrino, 11.09.2015.

uso de ferramentas, prevalece o poder diretivo do empregador, não sendo exigida autorização judicial para o acesso aos equipamentos cedidos pela empresa.

No caso de meios de produção cedidos ao empregado, é certo que sua propriedade é do empregador, pelo que é lícito compreender pelo seu direito em definir a melhor forma como serão utilizados.

Ademais, pode-se ver como justa a cláusula contratual que aponte a possibilidade de monitoramento e utilização do conteúdo coletado nesses instrumentos.

A legalidade do monitoramento e devassa do conteúdo das ferramentas cedidas pelo empregador reside na inexistência de expectativas de privacidade por parte do trabalhador. Trata-se de uma autolimitação voluntária ao exercício de um direito.

No entanto, cabe destacar que, estando à disposição da empresa meios menos gravosos de acesso às informações desejadas (e igualmente eficientes), são estes mecanismos de colheita de prova que devem ser utilizados. As diligências devem ser avaliadas com base nos preceitos de proporcionalidade e necessidade, sob pena de configurar excesso no uso do poder diretivo.

Como ensina Daniel Sarmiento<sup>113</sup>,

(...) a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

No referido julgamento de Recurso Especial, porém, o Tribunal não se debruçou de forma mais contundente sobre os requisitos necessários para dosar a validade e a proporcionalidade. Ao mesmo tempo, deixou claro que não se pode equiparar a utilização de ferramentas de trabalho aos casos nos quais as comunicações se dão em equipamentos particulares.

Em suma, tratando-se de mecanismos da empresa, apenas cedidos aos empregados para o desempenho das atividades laborais é lícito à empresa vigiá-los e monitorá-los, em certas circunstâncias, desde que os empregados tenham sido advertidos acerca de tal possibilidade. Muitas empresas, porém, adotam a fórmula

---

<sup>113</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000. p. 96.

“*bring your own device – BYOD*”, ou, em tradução livre para o português, “Traga seu próprio dispositivo”.

A ideia é permitir que o colaborador utilize seus próprios dispositivos - tais como smartphones e notebooks - para executar suas atividades laborais. Em geral as empresas estabelecem, em seu regramento interno, que, se o usuário quiser utilizar seus próprios dispositivos para trabalho, a empresa poderá solicitar acesso a estes e terá o poder de bloqueá-los.

Contudo, não existem precedentes jurisprudenciais sólidos acerca da legalidade ou não do monitoramento de dispositivos particulares de colaboradores e funcionários pelas empresas.

Pode se vislumbrar a possibilidade de monitoramento das comunicações que se deem por meio da rede disponibilizada pela empresa, por exemplo.

## **2.5 Do Ingresso de Elementos Oriundos das Investigações Internas no Processo Penal**

Concluída a apuração interna, seus resultados são coligidos em um relatório final. Hoje em dia, *de lege lata*, não há regramento que discipline o fornecimento deste relatório às autoridades responsáveis pela persecução penal. Ocorre que, para buscar os benefícios do acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção, a empresa poderá fornecer informações e documentos à administração pública, que por sua vez deverá repassá-los ao Ministério Público.

De forma semelhante, nos crimes de lavagem de dinheiro há previsão legal, no Brasil, para a entrega de informações às autoridades, mas, apenas voltada para os órgãos de fiscalização e regulação; sendo a lei silente, portanto, no que tange a entrega de informações às autoridades policiais e ao Ministério Público.

Interessante é notar que o § 2º do art. 4º da LGPD dispõe ser vedado o tratamento dos dados para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais “por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público”. Sendo assim, embora não tenha sido localizado precedente a respeito, a

investigação interna poderá ser considerada irregular se alcançar dados pessoais e dela não for dada ciência prévia a alguma autoridade pública, que se disponha a tutelar os procedimentos corporativos.

Entendemos que, diante da alta probabilidade de que as investigações se deparem com dados pessoais, para se adequar à LGPD, as empresas privadas que desejem empreender investigações internas devam manter contato com a autoridade policial com atribuição para instauração do Inquérito Policial, sempre que houver suspeita de ocorrência de crime.

Em regra, entendemos que o *compliance* da empresa deverá interagir com a autoridade policial, e não com o MP, o que permitirá que este exerça o controle sobre tal interação da mesma forma como já exerce o controle sobre toda a atividade policial (art. 129 da Constituição Federal).

Observe-se que o controle ministerial sobre o inquérito policial foi reforçado com a Lei nº 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 28 do CPP, para adequá-lo ao sistema acusatório, abolindo o controle judicial sobre a decisão de arquivamento do inquérito policial relativo a ação penal pública. Assim, O inquérito tramitará diretamente entre a Polícia Judiciária e o MP.

Investigar atos ilegais revela-se não somente um dever de *compliance* da organização, mas também um interesse legítimo, não podendo ser obstado pela exigência legal de tutela de pessoa jurídica de direito público. Pelo contrário, cabe ao poder público viabilizá-la, estabelecendo a forma como se dará a tutela e os parâmetros que garantam legitimidade à condução dessas atividades.

A cooperação ou colaboração da empresa suspeita da prática de um crime com as autoridades judiciárias responsáveis pela sua investigação impôs-se como tema essencial desde logo em ordenamentos jurídicos que reconhecem a responsabilidade criminal (ou sancionatória) do ente coletivo.

A partir do incentivo dado pela legislação, as empresas passam a atuar em cooperação com o poder público, prevenindo ilícitos e, nos casos em que a prevenção falhar, investigando os fatos de modo a delimitar responsabilidades e identificar lapsos nos controles internos, visando à elaboração de estratégias mais eficazes de prevenção.

Como visto acima, a opção pela responsabilidade objetiva, cumulada com a ausência de autorização para que a autoridade administrativa ofereça a isenção

completa das sanções previstas na Lei Anticorrupção, limita o estímulo à colaboração das empresas com as investigações.

Por isso é importante considerar a possibilidade de que se autorize a concessão de isenção total de pena às empresas, em determinadas circunstâncias, bem como a previsão de benefícios às pessoas físicas participantes da colaboração. Com a aprovação de lei que ofereça maior segurança jurídica o Estado conseguirá maior proatividade da empresa em arrecadar elementos necessários ao esclarecimento de condutas criminosas. Este será o objeto do próximo capítulo desta tese.

Por ora, importante é frisar que o Estado não conseguiria a prova obtida mediante devassa de comunicações de empregados de determinada empresa sem que observasse os requisitos da Lei n. 9.296/96. Isso estimula a “burla de etiquetas”.

Como visto, diante da complexidade das atividades empresariais, o Estado tende a repassar as tarefas investigativas às empresas. Sendo assim, sustentamos que, para que as informações obtidas na apuração interna possam ter validade no processo penal, a apuração deve respeitar os mesmos limites aplicáveis ao regular funcionamento do processo penal<sup>114</sup>.

Embora a apreensão dos fatos no processo penal deva ser movida pela verdade, a busca da verdade não pode afrontar os direitos e as garantias fundamentais, que, ademais, têm eficácia na esfera privada. Do contrário, expõe-se o Estado ao risco de nulidade de provas e a empresa ao risco de indenização por danos materiais e morais. Ainda que haja interesse da empresa no acordo de leniência, os elementos colhidos pela empresa sem observância de direitos e garantias individuais devem ser descartados.

---

<sup>114</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.



### 3 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Como visto no início deste trabalho, o Direito Penal Econômico visa à promoção de melhores práticas no exercício da atividade econômica.

Ocorre que os delitos econômicos apresentam elevada complexidade probatória, tendo em vista o contexto corporativo em que costumam ser praticados, em que interagem diversos agentes.

De modo a fazer frente à dificuldade da identificação dos culpados, tem sido apresentadas soluções tais como a de se responsabilizar os ocupantes de órgãos de direção da empresa, a previsão de tipos penais que não exijam resultado naturalístico e a mitigação da exigência de que as denúncias narrem de forma minudente as condutas de cada indivíduo.

Outro caminho é a responsabilização da pessoa jurídica, seja no âmbito penal ou através do direito administrativo sancionador.

Importante é frisar que nos Estados Unidos, onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade há bastante tempo, neste aspecto prevalece hoje em dia a orientação (cf. Yates Memo<sup>115</sup>) de que o Departamento de Justiça foque na acusação de indivíduos infratores, em oposição à corporação.

Vale destacar trecho do Manual dos Procuradores do Departamento de Justiça dos Estados Unidos<sup>116</sup>:

O julgamento de crimes corporativos é uma alta prioridade para o Departamento de Justiça.

Ao investigar alegações de irregularidades e apresentar acusações, o Departamento promove interesses públicos críticos. Esses interesses incluem, entre outras coisas: (1) proteger a integridade de nossos mercados econômicos e de capital por meio da aplicação da lei; (2) proteger consumidores, investidores e entidades comerciais contra concorrentes que ganham vantagem injusta ao violar a lei; (3) prevenção de violações de leis ambientais; e (4) desencorajar práticas comerciais que permitiriam ou promoveriam condutas ilegais às custas do interesse público.

Uma das maneiras mais eficazes de combater a má conduta corporativa é responsabilizar todos os indivíduos que se envolvem em atos ilícitos. Tal responsabilidade impede atividades ilegais futuras, incentiva

---

<sup>115</sup> YATES, Sally Quillian Individual Accountability for Corporate Wrongdoing. 2015. p. 4. Disponível em <<https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>>. Acesso em 13/3/2022.

<sup>116</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Attorney Manual, 2015. Chapter 9. item 9-28-010. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.010>. Acesso em 13/3/2022.

mudanças no comportamento corporativo, garante que as partes adequadas sejam responsabilizadas por suas ações e promove a confiança do público em nosso sistema de justiça.

Os promotores devem se concentrar nas irregularidades cometidas por indivíduos desde o início de qualquer investigação de má conduta corporativa.

Como mecanismo para permitir a adequada instrução probatória de modo a permitir a correta delimitação das responsabilidades individuais, os acordos de leniência se apresentam como importante ferramenta.

Atualmente encontram-se previstas em Lei três modalidades de acordos de leniência no Brasil, sendo a mais recente delas oriunda da Lei 13.506/2017, que cuida do Processo Administrativo Sancionador e dos acordos de supervisão nos âmbitos do BACEN e da CVM. A previsão mais antiga encontra-se na Lei do CADE (Lei 8.884/1994, reformada pela Lei 12.529/2011).

No âmbito das infrações cometidas contra a ordem econômica, o antigo art. 35-C, caput, e parágrafo único, da Lei 8.884/1994, previa um acordo de leniência que tinha por efeito penal a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, e, após o término de seu cumprimento, a extinção automática da punibilidade do sujeito.

Tais efeitos foram mantidos no acordo de leniência da Lei 12.529/2011, que, em seu art. 87, caput, e parágrafo único, dispõe que o curso do prazo prescricional será suspenso e o Ministério Público impedido de oferecer denúncia contra aqueles que praticam crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/1990, demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei 8.666/1993, e os previstos no art. 288 do Código Penal, além da consequente extinção automática da punibilidade depois de seu cumprimento.

A pessoa física que pratica os delitos apontados pelo art. 87 da Lei 12.529/2011 obtém a extinção da sua punibilidade desde que cumpra integralmente o acordo de leniência firmado com o CADE. Para tanto, são deveres do colaborador: a) identificar envolvidos, b) obter documentos que provem a infração e c) cooperar com o CADE.

Ao contrário desta modalidade de acordo de leniência, na qual a participação do MP é prevista expressamente, bem como a concessão de imunidade em relação a ações penais diretamente relacionadas à prática de cartel para a pessoa física colaboradora, os acordos de supervisão da Lei 13.506/2017 não consideram efeitos

penais, embora a lei preveja que o Banco Central do Brasil manterá fórum permanente de comunicação com o Ministério Público (art. 31 § 4º).

Entre a Lei do CADE e a Lei 13.506/2017 foi promulgada a Lei Anticorrupção, que, conforme exposto no Capítulo 2, foi uma tentativa de tornar mais célere a reparação dos danos causados pela prática de determinados atos lesivos à administração pública, atendendo aos anseios sociais de repressão à corrupção, com a expressa previsão de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas (art. 4º).

Além da previsão de sanções de aplicação mais ágil do que as sanções penais, a lei estabeleceu a possibilidade de a pessoa jurídica supostamente responsável por ato lesivo firmar acordo de leniência com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública envolvida, sem prever efeitos desse acordo em relação a pessoas físicas que tenham tido envolvimento com a prática dos atos lesivos objeto do acordo, como será visto na seção seguinte.

O acordo de leniência se pauta no conceito de negócio processual. Isto é, na ideia de uma troca entre os investigados e o Estado através da qual cada um será capaz de auferir algum benefício. Em outras palavras, baseia-se na ideia de barganha na qual, em uma negociação, mesmo em situação assimétrica, existem ganhos mútuos.

É a mesma lógica do *plea bargain*, adotado nos Estados Unidos, que representa uma “barganha” na qual a acusação oferece vantagens para que o acusado aceite se declarar culpado<sup>117</sup>. Lá, o objetivo principal é a redução do risco para o acusado de enfrentar a pena máxima e para o Estado de não conseguir condenar o acusado em um tribunal.

No Brasil, a transação penal dos Juizados Especiais Criminais vem sendo aplicada desde 1995. O Anteprojeto do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (PL nº 8.045/2010) também já prevê um novo procedimento com negociação entre as partes.

O Código de Processo Penal, após a reforma promovida pelo denominado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), passou a prever o acordo de não persecução penal (ANPP) para os crimes praticados sem violência ou

---

<sup>117</sup> O *Plea Bargaining* consiste em um acordo, uma negociação entre acusador (Promotoria) e acusado (pode ser pessoa física ou jurídica) dentro do processo penal, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta que pode reduzir a pena pleiteada (*Charge Bargaining*), modificar o tipo penal imputado ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (*Fact Bargaining*), ou ainda a negociação de uma pena alternativa à prisão (*Sentence Bargaining*).

grave ameaça à pessoa cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e desde que haja confissão formal e circunstanciada (art. 28-A). Este instituto fora previsto no art. 18 da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, daquele Conselho.

Diversos diplomas normativos preveem a possibilidade de concessão de sanção premial, muitos deles sem a exigência da celebração de acordo de colaboração.

Antes mesmo da transação penal da Lei 9099/95, o art. 7º da Lei nº 8.072/90 acrescentou o § 4º ao artigo 159 (Extorsão Mediante Sequestro) do Código Penal, a saber: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Com a Lei 9.080/1995, semelhante previsão foi incluída no § 2º do Art. 25 da Lei 7492/86, denominada Lei do Colarinho Branco, com a seguinte redação:

Art. 25, § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Posteriormente, o § 4º do Art. 159 do Código Penal foi alterado pelo artigo 1º da Lei 9.269/96, recebendo a seguinte redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

No artigo 1º, § 5º, da Lei 9.613/98, também havia previsão semelhante:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la, ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Atualmente, com a redação conferida pela Lei 12.683/2012, a redação é a seguinte:

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais,

à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

De maneira mais ampla, a Lei 9.807/99, em seu art. 14, previu que, independentemente do tipo penal, qualquer indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Na medida em que tais dispositivos não preveem a celebração de acordos, mas apontam benefícios para aqueles que praticarem determinados atos, assemelham-se à lei argentina e aos dispositivos da legislação espanhola e italiana citados no capítulo anterior.

A Lei 12.850/2013, por sua vez, prevê o que se denomina colaboração premiada, que, em relação ao primeiro que a prestar, poderá até mesmo evitar o oferecimento de denúncia. A colaboração premiada, tal como a leniência, visa a facilitar a investigação de atos ilícitos. Os dois institutos buscam estimular a colaboração do infrator para: a) a cessação da conduta ilegal, b) a individualização de coautores e c) a obtenção de provas das infrações.

Considerando-se a legislação estrangeira citada, os acordos de leniência se assemelham à *convention judiciaire d'intérêt public - CJIP*, da França, bem como aos chamados acordos diferidos de acusação (*DPA*) dos Estados Unidos e do Reino Unido.

A lógica do negócio jurídico no processo penal, portanto, não é novidade no Brasil, tendo sido aperfeiçoada a redação da Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019. No entanto, no que concerne às pessoas jurídicas, a regulamentação dos acordos de leniência carece de uma disciplina que propicie estímulo adequado à cooperação privada na investigação criminal.

Atualmente, a legitimidade para negociar e deferir acordos de leniência da Lei Anticorrupção é da pessoa jurídica de direito público, sem participação judicial ou sequer do Ministério Público, enquanto a colaboração premiada é negociada pelo Ministério Público e pelo suspeito ou réu e depois homologada em juízo. Os dois instrumentos podem incidir sobre o mesmo fato ilícito.

O contrário ocorre nos Estados Unidos, onde há uma constante articulação entre os órgãos reguladores (administrativos-punitivos) – como a *Securities and Exchange Commission* (SEC) – e o DOJ, no tocante à formalização dos chamados *Non-Prosecution (NPA)* e *Deferred Prosecution Agreements (DPA)*, firmados com pessoas jurídicas para evitar a persecução criminal de entes morais ou suspendê-la, sob determinadas condições.

Como observou o Ministro Gilmar Mendes o esforço em prol do alinhamento institucional “é fundamental para estimular a realização de novos acordos de leniência”<sup>118</sup>. Em âmbito mais amplo, Forrester e Berghe (2015) também apontam a multiplicidade de políticas de leniência como possivelmente a mais séria ameaça à efetividade dessas políticas<sup>119</sup>.

Em 2020, na tentativa de amenizar os efeitos danosos da descoordenação existente, foi amplamente noticiada a tentativa de um acordo de cooperação técnica – o qual deu origem ao Termo de Cooperação Técnica, assinado pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), TCU, AGU, CGU e Ministério da Justiça e Segurança Pública (“MJSP”)<sup>120</sup>.

O Termo, porém, não contou com o MPF, que optou por não assinar o acordo por entender que este limitaria inconstitucionalmente a atuação cível do órgão ministerial no combate à corrupção.

De modo a prover maior incentivo para que as empresas busquem acordos de leniência sustentamos que o Ministério Público deva ser autorizado por lei a oferecer imunidade, em relação às sanções previstas na Lei Anticorrupção, a empresas que, tendo detectado irregularidades, optem por realizar investigação interna e compartilhar seus resultados, sempre que houver a possibilidade de sanções penais contra si ou contra seus empregados.

---

<sup>118</sup> STF. Voto conjunto do Ministro Relator nos Mandados de Segurança nº. 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526. Ministro Relator Gilmar Mendes. J. em 26.05.2020.

<sup>119</sup> FORRESTER, Ian S. e BERGHE, Pascal. Lenience: the Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow. In: BEATON-WELLS, Carol e TRAN, Cristopher. Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age - Leniency Religion. Portland-OR, Hart Publishing, 2015,159-178.

<sup>120</sup> Termo de Cooperação Técnica, 6 de agosto de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6agosto.pdf>>. Acesso em 13 jun 2022.

Entendemos que a lei deve garantir a possibilidade de o acordo de leniência ser firmado com o Ministério Público, seja estadual ou federal, a depender dos ilícitos preponderantes.

Ademais, entendemos como necessária a previsão legal da possibilidade de adesão ao acordo de leniência por parte dos indivíduos envolvidos nos ilícitos relatados pela pessoa jurídica, estabelecendo-se critérios para a concessão de redução ou mesmo isenção de penas.

### **3.1 Os Acordos de Leniência Firmados pelo Ministério Público Federal**

A Lei Anticorrupção contempla um rol de infrações administrativas, dentre as quais se insere o ato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada (art. 5º, inciso I).

Nestes casos, a lei sujeita pessoas jurídicas a sofrerem sanções em âmbito administrativo e judicial. Entretanto, no caso de conduta que se amolde à previsão acima, por exemplo, se também estiver configurado o crime de corrupção ativa, do art. 333 do Código Penal, além das sanções aplicáveis à empresa com base na Lei Anticorrupção, os mesmos fatos poderão ser utilizados pelo Ministério Público como lastro para o oferecimento de denúncia contra as pessoas físicas que tenham tido participação no ilícito.

Na disciplina legal do acordo previsto no Capítulo V da Lei Anticorrupção, não há previsão de afastamento completo das sanções (vide art. 16, § 2º). Por outro lado, exige-se que a empresa seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para apuração do ilícito (art. 16, inciso I), que a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração (art. 16, inciso II) e, ainda, que ela admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo (art. 16, inciso III).

Se a empresa optar pelo acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção, este, ao contrário do acordo da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), não prevê efeitos em relação a pessoas físicas envolvidas na prática do ato lesivo.

No entanto, segundo o artigo 15 da Lei Anticorrupção, “a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos”.

Na prática, porém, o MPF passou a celebrar acordos de leniência com empresas investigadas com base na Lei Anticorrupção nos quais foi prevista a possibilidade de adesão de pessoas físicas, vindo a disciplinar a matéria por meio de orientações emitidas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª-CCR/MPF).

Como observa Amanda Athayde<sup>121</sup>,

Apesar de não haver qualquer dispositivo legal que exija a participação do Ministério Público nos Acordos de Leniência Anticorrupção, dado que estes possuem efeitos tão somente administrativos, o Estudo Técnico nº 01/2017 da 5ª CCR argumenta que as condutas apuradas na Lei Anticorrupção podem configurar ilícitos penais.

(...)

Assim, a indissolúvel associação da Lei Anticorrupção e a responsabilidade penal tornaria insustentável que o Ministério Público e o Poder Judiciário fossem postos à margem das fases de detecção e seleção de casos atribuídos e submetidos a seu exercício funcional típico.

As hipóteses de cabimento e os benefícios que vêm sendo negociados pelo MPF extrapolam a disciplina da Lei Anticorrupção, que, como visto acima, somente prevê a concessão de benefício para a empresa.

Na Orientação nº 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão consta que “na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal”. Ao contrário, entendemos que os acordos de leniência possam ser firmados antecipadamente.

De fato, o referido documento orienta que haja “previsão da possibilidade de adesão ao acordo, durante prazo específico, por parte de empresas do grupo, diretores, empregados e prepostos da empresa envolvidos nas práticas objeto do acordo de leniência, mediante assinatura dos respectivos termos e posterior aceitação pelo membro oficiante”.

Conforme registrado na Nota Técnica n. 1/2020,

---

<sup>121</sup> ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.



(...) em síntese, a criação da possibilidade de subscrição ou adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência surgiu da necessidade prática de harmonizar a atuação civil (e criminal) do MPF no combate a práticas de corrupção, que já se mostra consolidada e indispensável ao atendimento do interesse público.

O termo de adesão ao acordo de leniência consiste, assim, em pacto acessório ao acordo principal (denominado “acordo quadro” pela Nota Técnica n. 1/2020), por meio do qual são estendidos ao aderente direitos e obrigações expressamente previstos no acordo firmado com a pessoa jurídica. A Nota Técnica frisa que a “adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência é instrumento indispensável para um Programa de Leniência consistente e eficaz”.

Do modelo de acordo de leniência disponibilizado no site do MPF consta cláusula orientada nesse sentido<sup>122</sup>.

Embora pendente até o momento a autorização legal, a adesão de pessoas físicas tem sido admitida em juízo. Por exemplo, em dezembro de 2019, o TRF4 reconheceu a eficácia jurídica da adesão de ex-dirigentes a acordo de leniência firmado pela pessoa jurídica e extinguiu ação de improbidade administrativa.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Cláusula 5a. A COLABORADORA e todos os seus prepostos signatários ou que vierem a aderir a este acordo concordam em trazer ao conhecimento do Ministério Público Federal os fatos e provas apurados em investigações internas e que possam auxiliar na investigação de infrações descritas na Cláusula 3a acima, com o objetivo de obter benefícios estabelecidos neste Acordo de Leniência.

Parágrafo 1o. Este Acordo de Leniência limita a proteção da COLABORADORA aos temas objeto de especificação nos anexos deste acordo, estritamente nos termos dos fatos por ela reconhecidos em anexos, na assinatura deste.

Parágrafo 2o. Poderão aderir ao presente Acordo de Leniência, e assim obter todos os benefícios de que ele trata, se houver a concordância do Ministério Público Federal, os prepostos da COLABORADORA que manifestem sua intenção de adesão no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da homologação judicial ou administrativa deste termo, o que ocorrer primeiro, no limite dos fatos ilícitos penais e cíveis por eles reconhecidos em termos prestados a serem entregues por ocasião da proposta de adesão.

Parágrafo 3o. O Ministério Público Federal avaliará de boa-fé a proposta de adesão dos prepostos da COLABORADORA, podendo negá-la aos prepostos cuja conduta se revele de grave culpabilidade, em razão de seu grau de responsabilidade ou por outras circunstâncias relevantes a critério do MPF, situação em que as informações e provas entregues com a proposta serão devolvidas e não serão utilizadas para quaisquer fins.

Parágrafo 4o. A proteção penal e cível prevista neste acordo de leniência está restrita aos termos dos parágrafos 1o e 2o, e não beneficiará os prepostos da colaboradora que, por seu grau de responsabilidade ou outras circunstâncias a critério do MPF, este entenda que devam negociar acordo de colaboração em separado, prevalecendo nesses casos o acordo individual firmado.

<sup>123</sup> ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E/OU MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. OPERAÇÃO LAVA JATO. ACORDO DE LENIÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE FIRMARAM O ACORDO E ÀS PESSOAS QUE FIRMARAM A AVENÇA NA CONDIÇÃO DE INTERVENIENTES-ANUENTES. [...]

5. Embora a responsabilização da empresa leniente não se confunda com a responsabilidade da pessoa física de seus integrantes, na medida em que os efeitos do referido acordo só alcançam, em princípio, as pessoas jurídicas que se comprometeram para os fins e termos pactuados, no caso dos

Também vale citar decisão proferida pelo então magistrado Sérgio Moro, aplicando o disposto no art. 86, §2º e §6º, da Lei nº 12.529/2011 quanto ao acordo de leniência praticado no âmbito de crimes contra a concorrência por analogia *in bonam partem* em favor de dirigentes, administradores ou prepostos da construtora Andrade Gutierrez, em razão de acordo de leniência firmado pela empresa com o Ministério Público com base na Lei nº 12.846/2013 (PETIÇÃO Nº 5016683-68.2016.4.04.7000/PR).

Na ação penal 5036518-76.2015.4.04.7000, dirigentes da empreiteira foram acusados, em síntese, do pagamento de vantagem indevida a dirigentes da Petrobrás no montante de cerca de R\$ 243.234.377,61. No curso daquele processo, alguns dos executivos denunciados celebraram acordo de colaboração premiada com a Procuradoria Geral da República, que foi homologado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O MPF, posteriormente, celebrou acordo de leniência com a empresa envolvendo fatos investigados na Operação Lavajato e em outros processos.

O acordo previa que agentes da Andrade Gutierrez poderiam aderir no prazo de 200 dias da homologação. Como consequência, comprometeu-se o MPF a, desde que cumprida pela empreiteira a sua parte, não propor ações criminais ou cíveis contra eles pelos ilícitos por eles revelados.

A Andrade Gutierrez se comprometeu a fornecer documentos e provas referentes aos atos de corrupção praticados pela própria empresa e por terceiros em seu benefício e, ainda, a devolver R\$1 bilhão aos cofres públicos. Assim, em relação à adesão de pessoas físicas, o caso da Andrade Gutierrez foi um exemplo de sucesso.

A grande polêmica se deu em relação ao valor acordado a título de ressarcimento aos cofres públicos. A empresa se comprometeu a pagar R\$ 1

---

autos, face à previsão expressa no Acordo e a adesão dos seus integrantes/colaboradores, imperioso se faz o reconhecimento da extensão dos seus efeitos aos ora agravados.

6. Se, por um lado, temos a prevalência da supremacia do interesse público (que busca, além do ressarcimento ao Erário e a reparação dos danos causados ao patrimônio público, a punição dos envolvidos) sobre os interesses particulares, tem-se, por outro, a necessidade de prestígio ao acordo de leniência já firmado, que, ao oferecer um lenitivo nas penas administrativas para as empresas colaboradoras, tem em troca informações relevantes ao interesse público.

7. Agravo improvido.

TRF4, AG 5034574-48.2019.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 04/12/2019.

bilhão. Ocorre que o Tribunal de Contas da União, na Tomada de Contas nº 016.991/ 2015-0 (Acórdão nº 483/2017, lavrado em 22.3.2017) apurou conluio entre empresas para fraudar a licitação da montagem eletromecânica da usina Termonuclear de Angra, dentre elas a Andrade Gutierrez.

O Tribunal decretou a inidoneidade de algumas das empresas envolvidas e, em relação aos acordos de leniência assinados com Odebrecht, Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa, sobrestou o processo para que tais acordos de leniência fossem aditados para permitir o exercício das funções do órgão de controle externo.

A Andrade Gutierrez impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2017, requerendo a concessão da tutela de urgência objetivando a suspensão da tramitação da Tomada de Contas nº 016991/2015-0 ou, de forma alternativa, a determinação que o Tribunal de Contas da União se abstinhasse de declarar a sua inidoneidade enquanto o acordo de leniência permanecesse sendo cumprido.

Em decisão monocrática proferida em abril de 2018, o Ministro Gilmar Mendes deferiu parcialmente a liminar para impedir a decretação da inidoneidade da Andrade Gutierrez pelo Tribunal de Contas<sup>124</sup>.

De acordo com essa decisão monocrática, o Tribunal de Contas da União não poderia decretar a inidoneidade das empresas que celebraram acordo de leniência com o MPF. Outras sanções poderiam ser aplicadas para reparação do dano.

Em dezembro de 2018, a Andrade Gutierrez celebrou novo acordo de leniência, dessa vez com a Controladoria Geral da União e a Advocacia-Geral da União, sem a participação do Ministério Público Federal. A Andrade Gutierrez se comprometeu a efetuar o pagamento no valor de R\$1,49 bilhão referente à multa e ao ressarcimento por dano ao erário.

A Controladoria Geral da União e a Advocacia Geral da União comprometeram-se a extinguir os processos administrativos de responsabilização e as ações de improbidade administrativa em curso envolvendo a Andrade Gutierrez em contrapartida às informações e provas apresentadas.

---

<sup>124</sup> Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, 13 abr. 2018.

Com a Odebrecht o roteiro foi semelhante. Após o acordo de leniência firmado com o MPF houve determinação de aditamento pelo Tribunal de Contas da União.

Entretanto, o Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba<sup>125</sup> entendeu ser o Ministério Público Federal “a entidade melhor posicionada para a celebração deste acordo de leniência com o Grupo Odebrecht” e que o acordo deve ser respeitado “pelos partes, pelo Juízo e pelo Poder Público em geral, inclusive pelas demais entidades públicas habilitadas a celebrar acordos de leniência pela Lei no 12.846/2013”.

Para garantir os termos do acordo de leniência, o Ministério Público Federal apresentou petição nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em curso perante a 1ª Vara Federal de Curitiba para desbloqueio dos bens da Odebrecht, o que foi deferido pelo Juízo.

A Advocacia-Geral da União interpôs agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido do MPF sustentando que o valor do ressarcimento estabelecido no acordo não seria suficiente para reparar o dano causado pela Odebrecht e, por isso, a liberação dos bens bloqueados na ação civil pública poderia inviabilizar o ressarcimento integral do prejuízo causado aos cofres públicos.

A Advocacia-Geral da União ainda questionou a atribuição do MPF, afirmando que o órgão competente seria a Controladoria-Geral da União. Em sessão realizada em 22.8.2017, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, deu provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o bloqueio dos bens das empresas do Grupo Odebrecht<sup>126</sup>.

De acordo com o acórdão, haveria vício no acordo de leniência celebrado com o MPF e seria obrigatória a participação da CGU, da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União.

Pelo entendimento firmado naquele acórdão, a Controladoria-Geral da União seria a entidade competente, de acordo com a Lei Anticorrupção, para celebrar o acordo de leniência, o que, contudo, não impediria a participação de outros órgãos.

---

<sup>125</sup> Decisão homologatória do acordo de leniência nos autos do Processo nº 502017534.2017.4. 04. 7000/PR, em 22.5.2017.

<sup>126</sup> Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

De acordo com a relatora, desembargadora Vânia Hack, como o MPF é o titular da ação penal e tem legitimidade e atribuição para instaurar processos de apuração, pode fazer acordos com particulares e com pessoas jurídicas. Mas ele não tem competência para tratar do patrimônio público, muito menos para dispor dele.

A Odebrecht, tal como a Andrade Gutierrez, acabou celebrando novo acordo, este com a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União. O acordo manteve válidos os termos do anterior, celebrado com o Ministério Público Federal, tal como no caso da Andrade Gutierrez, de modo que o valor daquele acordo seja abatido do montante do novo.

De fato, a Orientação nº 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão prevê que não seja dada quitação por danos ou prejuízos nos acordos de leniência firmados pelo MPF. Os valores pagos deverão ser considerados como uma antecipação de pagamentos.

O fato dessa sistemática não contar com respaldo legal configura uma situação de insegurança jurídica e desequilíbrio onde deveria haver estabilidade a ensejar confiança por parte de quem adere a um acordo desse tipo.

Sem dúvida, a possibilidade de negociar diretamente com o MP é mais atraente do que a de negociar com um ente da administração pública que, após o acordo firmado com a empresa, encaminharia os elementos para o *parquet*.

No entanto, é preciso que haja autorização legal para que o acordo negociado com o MP, seja estadual ou federal, possa afastar o risco da aplicação, por parte dos entes da administração pública, das sanções previstas na Lei Anticorrupção, bem como garantir a possibilidade de extensão de efeitos a pessoas físicas.

### **3.2 Da Previsão Legal dos Acordos de Leniência a Cargo do Ministério Público**

Entendemos que a possibilidade de celebração de acordos de leniência por parte do MP necessita de previsão legal. Da mesma forma que o ANPP, previsto inicialmente apenas em resolução do CNMP veio a ser incorporado ao CPP, o ideal é que o mesmo ocorra com estes acordos de leniência.

Traz-se aqui a sugestão de um rito para a celebração de acordos de leniência a serem homologados em juízo com efeitos extensíveis a pessoas físicas que ao mesmo adiram, tal como já vem sendo admitido na prática do MPF. Cuida-se, aqui, do aspecto procedimental, apenas, limitando-nos a apontar as bases para que um regramento legal venha a ser editado.

Como visto nos capítulos anteriores, as empresas estão em melhores condições de identificar as condutas irregulares cometidas por seus colaboradores do que a Polícia ou o MP. Porém, exige-se, conforme disposto no § 2º do art. 4º da LGPD, que a investigação realizada pelas empresas privadas se sujeite à tutela de autoridade pública, sob pena de não poder a investigação alcançar dados pessoais.

Para permitir o adequado desenvolvimento das diligências no âmbito das empresas, defende-se que seja prevista a atribuição da polícia judiciária para o acompanhamento de investigações internas.

Tal acompanhamento não ensejaria, *a priori*, nenhuma intervenção. Importaria tão somente na necessidade de que o *compliance* da empresa emitisse alertas acerca das diligências em andamento, relacionando os indivíduos objeto de investigações e a natureza dos dados pessoais eventualmente alcançados. Tratando-se de simples acompanhamento, sequer haveria obrigatoriedade de instauração do inquérito policial.

Finda a apuração interna, a empresa interessada em firmar acordo de leniência manifestaria tal pretensão diante da autoridade policial, descrevendo as condutas identificadas por seu sistema de *compliance* que supostamente poderiam ensejar repercussão na esfera penal, e os respectivos responsáveis.

Caberia à autoridade policial realizar a interpretação e capitulação dos fatos narrados pela empresa, verificar a existência de investigações em curso sobre os mesmos fatos ou sobre fatos conexos, e, em seguida, relatar o caso ao Ministério Público.

Visando incentivar as empresas a buscarem acordos de leniência deve-se prever a possibilidade de que, dispondo de informações e documentos essenciais para o esclarecimento de fatos que podem ensejar processos em diversas esferas, a pessoa jurídica requeira a suspensão de processos de cunho cível ou administrativo relacionados aos mesmos fatos, enquanto negocia acordo de leniência com o Ministério Público.

A existência do contato com a autoridade policial serviria para comprovar que a atuação da empresa se deu de forma espontânea, anteriormente à instauração de Processo Administrativo de Responsabilização.

A decisão de negociar um acordo de leniência dependeria da análise por parte do Ministério Público da natureza e gravidade dos delitos, da cumplicidade da alta administração da empresa e do histórico da corporação de má conduta semelhante, dentre outros aspectos a serem previstos em lei.

Vale observar que a Lei 12.850, que regula a colaboração premiada, na redação dada pela Lei 13.964, estabelece, no § 1º do art. 3º-B, a possibilidade de indeferimento sumário de proposta de colaboração, exigindo a devida justificativa.

Concluindo o *parquet* pelo interesse na celebração do acordo, faria publicar na internet um sumário contendo a descrição de todos os fatos ilícitos identificados pela empresa. Neste sumário, porém, não constariam nomes ou dados pessoais de indivíduos envolvidos nos ilícitos.

A partir da publicação do referido sumário dar-se-ia início a um prazo para que pessoas que desejem se qualificar para algum benefício pela colaboração tenham a oportunidade de se manifestar, de forma sigilosa.

Esses potenciais colaboradores seriam estimulados a indicar os ilícitos em relação aos quais se dispõem a admitir suas responsabilidades, mas também a trazer informações a respeito de fatos ilícitos que não tenham sido descritos no sumário publicado, devendo, necessariamente, indicar quais os indivíduos envolvidos em cada delito.

Em seguida, a empresa seria instada a apresentar ao Ministério Público os elementos probatórios resultantes da apuração interna.

Como forma de se garantir maior eficácia aos acordos de leniência, o material apresentado pela empresa seria analisado em cotejo com as informações porventura prestadas de forma sigilosa por terceiros no prazo fixado quando da publicação do sumário.

Entendendo o MP ter havido omissão culposa ou dolosa na apresentação dos elementos probatórios pela empresa, deverá rejeitar a proposta de acordo, restituindo a documentação fornecida e determinando a instauração de inquérito, sem que os documentos e informações prestadas pela empresa quando das negociações em prol do acordo possam ser utilizadas como elemento probatório.

Neste momento seria buscada a colaboração premiada daqueles indivíduos que eventualmente tenham manifestado interesse em aderir ao acordo, seguindo-se a disciplina da Lei 12.850.

A concretização do acordo de leniência dependeria ainda da análise da possibilidade de aproveitamento dos elementos resultantes da apuração interna em eventuais ações penais (em curso ou a serem ajuizadas), considerando-se o respeito às garantias individuais dos empregados, conforme exposto no capítulo anterior.

Da mesma forma que no § 4º do art. 3º-B Lei 12.850, a lei deverá admitir a possibilidade de instrução quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

Entendemos que não se afigura razoável a concessão de imunidade indiscriminada a todos os funcionários que manifestarem interesse em aderir aos acordos de leniência.

Nos Estados Unidos os promotores da Divisão Antitruste usam a terminologia de “carve in” para indivíduos cobertos pela imunidade e “carve out” para indivíduos excluídos da imunidade da empresa e sujeitos a processo. Enfrentam processos aqueles indivíduos com maior grau de culpabilidade.

Mais uma vez, os critérios devem estar, tanto quanto possível, previstos em lei. Do ponto de vista do interesse na investigação criminal, entendemos relevante que aqueles empregados que se manifestem no prazo fixado a partir da publicação do sumário prestando informações sejam premiados, desde que comprovada a boa-fé. Ainda mais quando as informações e elementos probatórios fornecidos levem a condenação de agentes públicos envolvidos em atos de corrupção, por exemplo.

Depois disso, passar-se-ia à homologação judicial. Importante salientar que a proposta de acordo de leniência deverá contemplar pagamento a título de reparação dos danos. A partir da homologação judicial, qualquer vítima dos ilícitos poderá clamar, em juízo, direito a indenização, abatendo-se os valores dessas indenizações daqueles depositados em juízo. Os valores depositados deverão ser considerados como uma antecipação de pagamentos, podendo ser a empresa instada a complementá-los, caso comprovado prejuízo superior.



### 3.3 *Nudges* para Eficiência dos Acordos

Gary Becker, na obra “*Crime and Punishment: an Economic Approach*”<sup>127</sup>, cita Beccaria e Bentham<sup>128</sup> como precursores históricos da análise do comportamento ilegal com base na ideia de escolhas racionais. O princípio que norteia sua abordagem é que comportamentos são determinados por respostas a estímulos e incentivos.

Os agentes cometem infrações apenas se os benefícios potenciais do ato ilícito superarem os riscos decorrentes de uma eventual punição. Assim, há que se aumentar os custos de envolvimento dos cidadãos e das empresas em atividades ilícitas.

Caso a probabilidade de sanção seja pequena, haverá ainda incentivo ao crime. Por outro lado, medidas podem ser adotadas para estimular a cooperação privada com a investigação criminal.<sup>129</sup>

Considerando-se a punição como o preço cobrado pela sociedade daqueles que cometem crimes, há que se garantir que os criminosos sejam punidos. Colaborações de *whistleblowers*, empresas – por meio dos acordos de leniência – e mesmo de criminosos, pela colaboração premiada, são ferramentas que permitem a

---

<sup>127</sup> BECKER, Gary Stanley; *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (Mar.-Apr., 1968), pp. 169-217.

<sup>128</sup> A base filosófica do utilitarismo benthamiano é a obra de Epicuro (Carta sobre a felicidade a Meneceu), datada de aproximadamente 300 a.C.

<sup>129</sup> Como bem pontuou Luiz Fux em seu voto na AP 470:

“Por óbvio, revelando-se árdua a identificação dos responsáveis pelos crimes e a sua materialidade, tem lugar um ambiente profícuo para a fixação e profusão das quadrilhas especializadas nos crimes de colarinho branco. A certeza da impunidade é o maior combustível da criminalidade...

Ceifar a ponta do iceberg, deixando acobertada sob o oceano a maior parte das condutas socialmente nocivas, faz da persecução penal um mecanismo inócuo, inapto à pacificação social.

Há que se concluir, ainda com recurso ao metafóriso, que é preferível deixar intacta a ponta do iceberg e dar cabo da sua imensa magnitude oculta, do que o inverso, assumindo-se necessário optar entre uma solução e outra...

Robert Cooter e Thomas Ulen, na clássica obra *Law and Economics* (3ª ed. Addison Wesley Longman, 2000. p. 34 e ss.), explicam que a economia pode ajudar a encontrar a solução mais otimizada em situações nas quais se façam presentes diversos atores, detentores do poder de escolha entre várias alternativas possíveis, e onde a escolha de um influa diretamente na melhor saída para os interesses do outro...

A mera previsão legal da delação premiada é suficiente para instaurar a mútua desconfiança entre os membros da organização – ou até mesmo para evitar que elas se formem. A potencial traição de um comparsa é fator que desestimula a associatividade entre os que delinquem e fragiliza as quadrilhas existentes. E, ao contrário do que sustentam alguns críticos do instituto, nada há de imoral em trair o crime para ser leal ao direito”

persecução e a sanção de condutas que dificilmente seriam punidas. Não se pode, porém, permitir que as empresas cometam abusos em seus processos investigativos. Beaton-Wells e Tram<sup>130</sup> apresentam ampla variedade de possibilidades de o custo dos acordos de leniência superar os seus benefícios para a sociedade.

Quanto aos informantes, ainda que não tenham sido adequadamente estruturadas as unidades de ouvidoria ou correição na totalidade dos entes da administração pública nacional, nada impede que o relato se dê diretamente ao MP. Porém, eles devem ser incentivados a se dirigir, primeiramente, aos canais de denúncia das empresas.

Para que isto ocorra, estes canais devem emitir protocolos por meio dos quais os informantes que desejem recompensa pelas informações prestadas possam clamar seus prêmios, ainda que as informações cheguem para as autoridades através da empresa, após a apuração interna.

Tal como descrito na Diretriz 1937/2019 da União Europeia, deve-se garantir ao denunciante, receber, dentro de determinado período, informação sobre o *status* da investigação interna e os seus resultados, independente de ele ser um funcionário da empresa ou não. A autoridade também deve ser paralelamente informada, por via de canais estabelecidos para tal fim.

Embora o denunciante seja encorajado a fazer primeiramente a denúncia internamente à sua empresa ou mesmo à autoridade competente, ele poderá denunciar publicamente a situação e gozar de proteção, caso nenhuma providência seja tomada.

A experiência do COAF como unidade de inteligência financeira pode orientar a estruturação de um sistema nacional de recebimento de alertas sobre suspeitas de crimes econômicos.

Com a estruturação deste sistema, ao invés do envio de alertas diretamente à polícia judiciária, conforme sugerido no tópico acima, estes seriam enviados por

---

<sup>130</sup> BEATON-WELLS, Carol e TRAN, Christopher. *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age - Leniency Religion*. Portland-OR, Hart Publishing, 2015.

meio do sistema, que, com uso de inteligência artificial<sup>131</sup>, serviria de interface entre indivíduos e empresas que desejassem cooperar e os órgãos de persecução penal.

Tal uso já é realidade. Robôs têm sido empregados para agilizar tarefas repetitivas que demandam tempo para serem executadas. Um exemplo é o robô, do Supremo Tribunal Federal, que realiza a triagem dos recursos extraordinários, identificando quais estão ligados a temas de repercussão geral. No Superior Tribunal de Justiça há o projeto Sócrates, regulamentado pela Normativa 6, de 12 de junho de 2018. Nos Estados, diversos Tribunais também contam com robôs<sup>132</sup>.

Nesse sistema, as empresas seriam estimuladas a manter atualizadas informações sobre suas estruturas administrativas, disponibilizando relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, nos moldes dos art. 3º. e 4º. da Portaria CGU nº 909, de 07/04/2015 (BRASIL, 2015)<sup>133</sup>, que regulamentou o disposto no

---

<sup>131</sup> Inteligência artificial é um campo da computação iniciado na década de 1950. O termo "inteligência artificial" surgiu em 1956 no encontro de Dartmouth. Dentre os presentes a este encontro incluíam-se Allen Newell, Herbert Simon, Marvin Minsky, Oliver Selfridge e John McCarthy, que foi quem alcunhou o termo inteligência artificial, definindo-o como "a ciência e a engenharia de produzir máquinas inteligentes". No final dos anos 50 e início dos anos 60, os cientistas Newell, Simon, e J. C. Shaw introduziram o processamento simbólico.

<sup>132</sup> AMARAL, Camila . Você conhece todos os robôs que já operam no judiciário brasileiro? Migalhas de Peso. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em 13/3/2022.

<sup>133</sup> Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá:

- I - indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior;
- II - apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores;
- III - informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores;
- IV - especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando:
  - a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades;
  - b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica;
  - c) a frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público;
- V - descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e
- VI - informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá:

- I - informar a estrutura do programa de integridade, com:
  - a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados;
  - b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso foram implementados;
  - c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

inciso V do art. 18 e no inciso IV do art. 37 do Decreto nº 8.420, sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas, em âmbito federal.

Adotando-se a lógica dos *nudges*, a ideia é que tais relatórios sejam apresentados na forma de *templates* que facilitem o preenchimento e a atualização.

Também seriam disponibilizados *templates* no sistema para que, nos casos em que a empresa pretenda celebrar acordo de leniência, esta identifique as pessoas envolvidas, informando, no caso dos seus funcionários, suas posições na organização.

Caberia à empresa, ainda, emitir alertas acerca das diligências em andamento, relacionando os indivíduos objeto de investigações.

As empresas seriam também estimuladas a relatar casos de abandono de emprego no curso de apurações internas, bem como a informar previamente decisões de demissão.

Diante de tais alertas, se poderia verificar a existência no sistema de outros alertas relacionados a tais indivíduos. A depender da situação, o sistema alertaria as autoridades para o risco de fuga, para que fosse requerida a prisão cautelar, ou a cautelar de comparecimento, quando presentes os requisitos legais (art. 310 CPP).

O abandono de emprego, vale ressaltar, pode ter como motivo, não o envolvimento do indivíduo em práticas irregulares, mas o temor de represálias por ter tomado ciência de tais práticas dentro da empresa. Nestes casos, com base na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei 9.807/1999), buscar-se-ia proteger tais indivíduos, garantindo-se a integridade física destes e viabilizando seus depoimentos, quando necessário.

## CONCLUSÃO

Defendeu-se, ao longo deste trabalho, a hipótese de que o estímulo à cooperação das empresas com as investigações criminais dos crimes do direito penal econômico é essencial para o sucesso dessas investigações, tendo em vista o contexto corporativo em que os tais crimes costumam ser praticados, em que interagem diversos agentes dentro de um contexto específico e complexo.

Discutiram-se fundamentos teóricos e práticos que sustentam a responsabilização penal das pessoas jurídicas e dos superiores hierárquicos, concluindo-se, porém, que não se pode admitir que a dificuldade probatória justifique a admissão de responsabilidade penal sem a demonstração de culpa.

Ressaltou-se a importância da qualificação dos sistemas de *compliance* das empresas para lidar adequadamente com denúncias recebidas e para fundamentar a formulação de propostas de acordos de leniência, sugerindo-se, como requisito para a concretização desses acordos, a verificação de que as investigações internas realizadas pelas empresas satisfaçam as exigências para o aproveitamento dos seus resultados em eventuais ações penais.

Como aspectos a serem analisados para tal fim de aproveitamento de investigações internas para eventuais ações penais destacamos a verificação de que estas tenham buscado o resguardo de direitos e garantias individuais, por exemplo tendo sido instauradas somente após uma fase preliminar de análise de verossimilhança de suspeitas ou garantindo aos investigados o direito a assistência de advogado.

Foram examinadas as preocupações que surgem em relação à tutela de garantias fundamentais dos indivíduos durante tais investigações, defendendo-se que seja prevista a atribuição da polícia judiciária para o acompanhamento de investigações internas, quando houver suspeita de ilícitos penais.

Há que se garantir meios de investigação que permitam que os criminosos sejam punidos. Não se pode, porém, permitir que as empresas cometam abusos em seus processos investigativos.

A pessoa jurídica deverá assegurar a ampla defesa e o contraditório em seus processos apuratórios. Ademais, o direito a não autoincriminação e o direito à

defesa técnica também devem ser respeitados. A violação de direitos fundamentais nas medidas investigativas impede que o material probatório possa ser utilizado posteriormente no processo penal, por força da teoria do fruto da árvore envenenada.

O conceito de arquitetura de escolha foi explorado na formulação de nudges, mecanismos de comunicação utilizados para estimular determinadas decisões. Este conceito é levado em conta no desenvolvimento da proposta de um regime jurídico que incentive a realização de investigações corporativas.

Após comentário sobre o *Whistleblower Protection Act*, atualizado pelo *Whistleblower Protection Enhancement Act*, o chamado *Dodd-Frank Act* e a Diretriz 1937/2019 da União Europeia, destacaram-se os artigos 4º-A a 4º-C da Lei nº 13.608/2018, que criaram a figura do informante, de modo a tornar evidente que a legislação brasileira carece de maior detalhamento.

Ainda visando ao objetivo da tese de contribuir para que o regime jurídico estimule a realização de investigações corporativas que possam ser aproveitadas no processo penal, foram apresentadas propostas de contribuição para a sistematização de possibilidades de colaboração das pessoas físicas e jurídicas para o combate à criminalidade. Isto incluiria a criação de um sistema nacional de recebimento de alertas sobre suspeitas de crimes econômicos.

Buscou-se dirimir o conflito entre o interesse de indivíduos nas recompensas previstas aos *whistleblowers* e os objetivos da sistemática do *compliance* das empresas. Propôs-se que os canais de denúncia das empresas emitam protocolos por meio dos quais os informantes possam clamar seus prêmios, ainda que as informações cheguem para as autoridades através da empresa.

E como estimular as empresas a cooperarem se as informações oriundas dos programas de *compliance* são utilizadas contra a própria empresa e seus dirigentes (autoincriminação)? Para isso, os acordos de leniência, oferecendo benefícios aos colaboradores, são fundamentais.

Buscou-se contribuir para a ciência jurídica oferecendo uma proposta de procedimento para celebração de acordos de leniência, que passariam a depender, em última análise, da possibilidade de aproveitamento dos elementos derivados de apurações internas.

Quanto ao objetivo da tese de contribuir para o aperfeiçoamento do regramento jurídico dos acordos de leniência no sentido de possibilitar a concessão de imunidade para as empresas, embora tenha sido apresentada a legislação de países que preveem como requisito para afastar a possibilidade de sanção da pessoa jurídica a análise do sistema de *compliance* implantado pela empresa, sugeriu-se que o foco seja direcionado à qualidade da investigação interna realizada. Sendo esta apta a fornecer elementos valiosos para o ajuizamento de ações penais contra agentes públicos corruptores, por exemplo, ou mesmo contra empregados, desde que observadas as garantias individuais destes no âmbito das apurações internas, entendemos que se justifica a concessão de imunidade em relação às sanções previstas na Lei Anticorrupção.

A previsão legal da adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência foi, também, estudada. A possibilidade de adesão, conforme destacado, já ocorre na prática do MPF e há precedentes judiciais em que foi admitida. Contudo, a ausência de previsão legal enseja insegurança jurídica.

Mas quando deverá ser admitida a adesão de pessoas físicas ao acordo de leniência?

Verificou-se que não é razoável a concessão de imunidade indiscriminada a todos os funcionários que manifestem interesse em aderir aos acordos de leniência. Considerando seus benefícios para a investigação criminal, propõe-se que seja priorizada a premiação aos indivíduos que forneçam informações relevantes.

Desta maneira busca-se garantir maior eficácia aos acordos de leniência, já que, de um lado, as empresas seriam forçadas a buscar a maior completude possível ao fornecerem informações e elementos probatórios e, de outro lado, os indivíduos seriam estimulados a fornecer informações adicionais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Camila. **Você conhece todos os robôs que já operam no judiciário brasileiro?** Migalhas de Peso. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em 13/3/2022.

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de Investigações Internas como Prova no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, n. 156, p. 61-90, 2019.

ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 28, n. 1, p. 119-127, 2018.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, p. 151-179, 1999.

BANCO DO BRASIL. **Programa de Integridade do Banco do Brasil**. p.70. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/integridadebb.pdf>>. Acesso em 13/3/2022.

BEATON-WELLS, Carol; TRAN, Christopher. **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age** - Leniency Religion. Portland-OR, Hart Publishing, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

BEVIÁ, Jordi Gimeno. **Compliance y proceso penal**. Navarra: Civitas, 2016.

BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Trad. Mark Ritter. New York: Sage, 1992.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BONETTI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v. 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020.



BRASIL. **Código Penal**. 1940. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8072**. Dispõe sobre os crimes hediondos. 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9080**. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492 e 8.137. 1995. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9090.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9090.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9099**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 1995. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. 1998. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm). Acesso em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.714**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 12.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. 1998. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. 2011. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acessado em 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.683**. Torna mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. 2012. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 2013. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. 2013. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.420**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm) Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.869**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13869.htm). Acessado em 2 out. 2020.

BRASIL - CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO . Portaria CGU nº 909 de 07 de abril de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF. 2015 (b). Disponível em: [www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_909\\_2015.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf). Acesso em 13/3/2022.

BURGER, J. M.; CALDWELL, D. F. When opportunity knocks: the effect of a perceived unique opportunity on compliance, **Group Processes & Intergroup Relations**, v. 14, n. 5, p. 671–676, 2011.

CAMPBELL, Liz. Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the presumption of innocence. **Modern Law Review**, v. 76, n. 4, p. 681-707, 2013.

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

COELHO, Cecilia Choeri da Silva. Considerações sobre o Projeto de Lei 1.588/2020: A novel certificação de Programa de Integridade. **Revista Científica do CPJM** [S. l.], v. 1, n. 3, p.467-472, 2022. Disponível em <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/80/96>. Acesso em 13/6/2022.

COFFEE JR., John. **Corporate Crime and Punishment**. The crisis of underenforcement. Oakland, Berrett-Koheler Publishers, 2020.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). **Manual de Compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 181/2017**. Dispõe sobre a instauração do processo investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Diário Eletrônico do CNMP, n.169, 2017. Disponível em [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/ED.169\\_-6.9.2017.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/ED.169_-6.9.2017.pdf) Acesso em 13/6/2022

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Boston, Addison Wesley Longman, 3ª. Ed., 2000.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, v. 144, n. 3.989, p. 121-157, 2014.

DAOUD, Emmanuel; PERRAULT, Marie; ROELEN, Julien. La responsabilisation penale de l'entreprise et de son dirigeant en droit français face aux nouveaux risques: environnement et droit humains. **Revista Científica do CPJM** [S. l.], v. 1, n. 3, p. 189–214, 2022.

DESAI, Sreedhari D.; KOUCHAKI, Maryam. Moral Symbols: A Necklace of Garlic against Unethical Requests, **Academy of Management Journal**, v. 60, n. 1, 10.5465/amj.2015.0008, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer). *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

DOSS, Jeffrey. Practical considerations in planning, executing, refining and concluding investigations, **American Journal of Trial Advocacy**, V. 39, N. 3, P. 567-576, 2016.

DOTTI, René Ariel (2001). **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

EL KALAY, Matheus Cunha. **Manual de Compliance**: Compliance Mastermind v. 1. Disponível em: <<https://amz.onl/i1xJPI0>> Acesso em 8-10-2021.

ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. *In*: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 197-228.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. *In*: BOTTINO, Thiago, **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro, Elsevier - FGV, 2012, p. 99-109.

FOFFANI, Luigi. Responsabilita degle enti da reato in Italia. *In*: FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. **Corporate Criminal Liability and Compliance Programs**. First Colloquium Sapienza University of Rome, 2011, p. 93-106. Disponível em <https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/pubblicazioni/2012/76.%20Fiorella-Stile%20Indice.pdf>, p.106-113. Acesso em 13-6-2022.

FORRESTER, Ian S.; BERGHE, Pascal. Lenience: the Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow. *In*: BEATON-WELLS, Carol e TRAN, Christopher. **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age** - Leniency Religion. Portland-OR, Hart Publishing, 2015, p. 159-178.

GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do compliance officer: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. *In*: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 267-302.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Thompson Civitas, 2012, p 118.

GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 5, p. 191-215, 1998.

GUARAGNI, Fábio André. **Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle**. *In*: Anais do Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai, Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GUEIROS SOUZA, Artur. **Direito Penal Empresarial: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: LiberArs, 2021.

HANSEN, Pelle; JESPERSEN, Andreas. Nudge and the Manipulation of Choice: A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy, **European Journal of Risk Regulation**, v. 4, n. 1, p. 3-28, 2013.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, 1994.

HASSEMER, Winfried (2011). Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 161-162.

HAINZENREDER Jr., Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, s. I, v. 4, n. 1, p. 435-472, 2018.

KOWAL, Steven Martin. **FDA criminal enforcement: How to prevent and defend against liability**, Washington-DC: Washington Legal Foundation, 1992.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MALAN, Diogo Rudge (2016). Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 213-238, 2016.

MALAN, Diego Rudge (2020). **Dilemas e Desafios do Advogado Criminal nas Investigações Corporativas**. São Paulo: Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/diogo-malan-advocacia-criminal-investigacoes-corporativas>. Acesso em 13/3/2022.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **Derecho Penal Economico**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

MAZAR N, Amir On; ARIELY, Dan. The dishonesty of honest people: a theory of self concept maintenance, **Journal of Marketing Research**, v. 45, n. 6, p. 633–644, 2008.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal** (parte geral), Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica nº 01/2020** – Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei nº 12.846 e da Lei nº 8.429, no domínio da improbidade administrativa. MPF. 2020. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1\\_2020\\_5ccr\\_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1_2020_5ccr_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf/view). Acesso em 13/3/2022.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. *In*: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). **Compliance y teoria del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Pp.221-243.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: LiberArs, 2015, p.147-163.

NETO, João Costa. **Dignidade Humana**. São Paulo, Saraiva, 2014.

NIETO MARTIN, Adán. **El derecho penal en la era compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. *In*: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. 21-50.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. *In*: NIETO MARTÍN, Adán. CORDERO, Isidoro Blanco; GALANA, Beatriz Garcia de la; PEREZ, Patricia Fernandes; SANCHEZ, Juan Antonio Lascurain, **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, 231-270.

NIETO MARTÍN, Adán; BLUMENBERG, Axel. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo. *In*: AAVV. **Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico: Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores**. Madrid: Editora Universidad Rey Juan Carlos, 2009. p. 281- 303.

OAB. **Provimento Nº 188/2018**: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. OAB Nacional. 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 13/3/2022.

OECD. G20 **Anti-Corruption Action Plan: protection of whistleblowers**. OECD.org. 2011. Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em 13/3/2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM. 2013.

PEREIRA, Isabelle Dianne Gibson. Compliance, internal investigations e direitos dos investigados: reflexões sobre o direito de defesa nas investigações internas. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, p. 170–187, 2022. p. 187. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/39>. Acesso em: 13 jun 2022.

RAGUÈS I VALLÈS, (2006) Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. **InDret, Revista para el Analisis del Derecho**, v. 3, p. 1-19, 2006. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 8/7/2018.

RICHMOND, Douglas. Navigating the lawyering minefield of internal corporate investigations, **Villanova Law Review**, v. 63, n. 4, p. 617-689, 2018.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

RUIVO, Marcelo Almeida. Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF (caso mensalão). **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 242, 2013. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim/283-242-Janeiro2013>. Acesso em: 2 out. 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÀNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. Madri, Civitas Ediciones. 1999.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. Tese de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 55, n. 1, p. 9-382002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, Douglas Rodrigues da. **Investigações Corporativas e Processo Penal: uma Análise sobre os Limites da Licitude da Prova**. Londrina: Editora Thoth, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, S. I, v.91, n.798, p. 23-50, 2012.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: Histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan, 2017.

SLOBODA, Matus; PAVLOVSKÝ, Patrik; SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, Emilia. The effectiveness of behavioural interventions on increasing revenue from local fee, **Review of Behavioral Finance**, v. 14, n. 1, p. 1-15, 2022.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. v. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p.1005-1037.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White collar crime**. New York: Dryden Press, 1949.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**. 11. ed. New York: General Hall, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THALER, Richard, **Misbehaving**: The Making of Behavioral Economics, New York: Norton, 2015.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New Haven-CT: Yale University Press, 2008.

TIEDEMANN, Klaus. La criminalité d'affaires dans l'economie moderne. **Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique**. V. 28, n.2, p. 147-158, 1975.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder economico y delito: introduccion al derecho penal economico y de la empresa**. Barcelona: Ariel, 1985.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal Económico**. Introducción y Parte General. Trad. BASUALTO, Héctor Hernández, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel e RAMIREZ, Rodrigo Aldoney. Lima: Grijley, 2009.

UNITED KINGDOM. **Bribery Act Guidance**. Ministry of Justice, 2010. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

UNITED STATES. **A resource guide to the FCPA**. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 13/3/2022.

UNITED STATES. **Evaluation of corporate compliance programs**. DEPARTMENT OF JUSTICE 2017. Disponível em <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501>. Acesso em 13/3/2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Kastigar v. United States**, 406 U.S. 441. JUSTIA.1972. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/>. Acesso em 13/3/2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Upjohn Co. vs. United States**, 449 U.S. 383. JUSTIA. 1981. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>. Acesso em 13/3/2022.

VAN LOO, Rory. Regulatory monitors: policing firms in the compliance era. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 2, p. 369-444, 2019.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Grundriß der verstehenden Soziologie. Tübingen: Mohr Siebeck. 1992.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 1, p. 497-528, 2005.



YATES, Sally Quillian. **Individual Accountability for Corporate Wrongdoing**. United States Department of Justice. 2015. Disponível em <https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>. Acesso em 13/3/2022.